LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES:
Reflexiones sobre sus avances y retos

María Lucía Torres-Villarreal
Paola Marcela Iregui-Parra
—Editoras académicas—





Universidad del
Rosario

Jurisprudencia

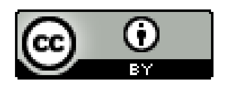


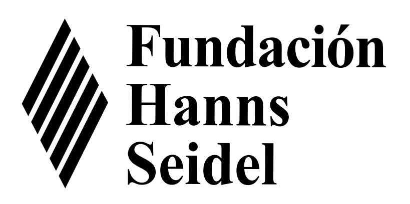


Las acciones constitucionales: reflexiones sobre sus avances y retos

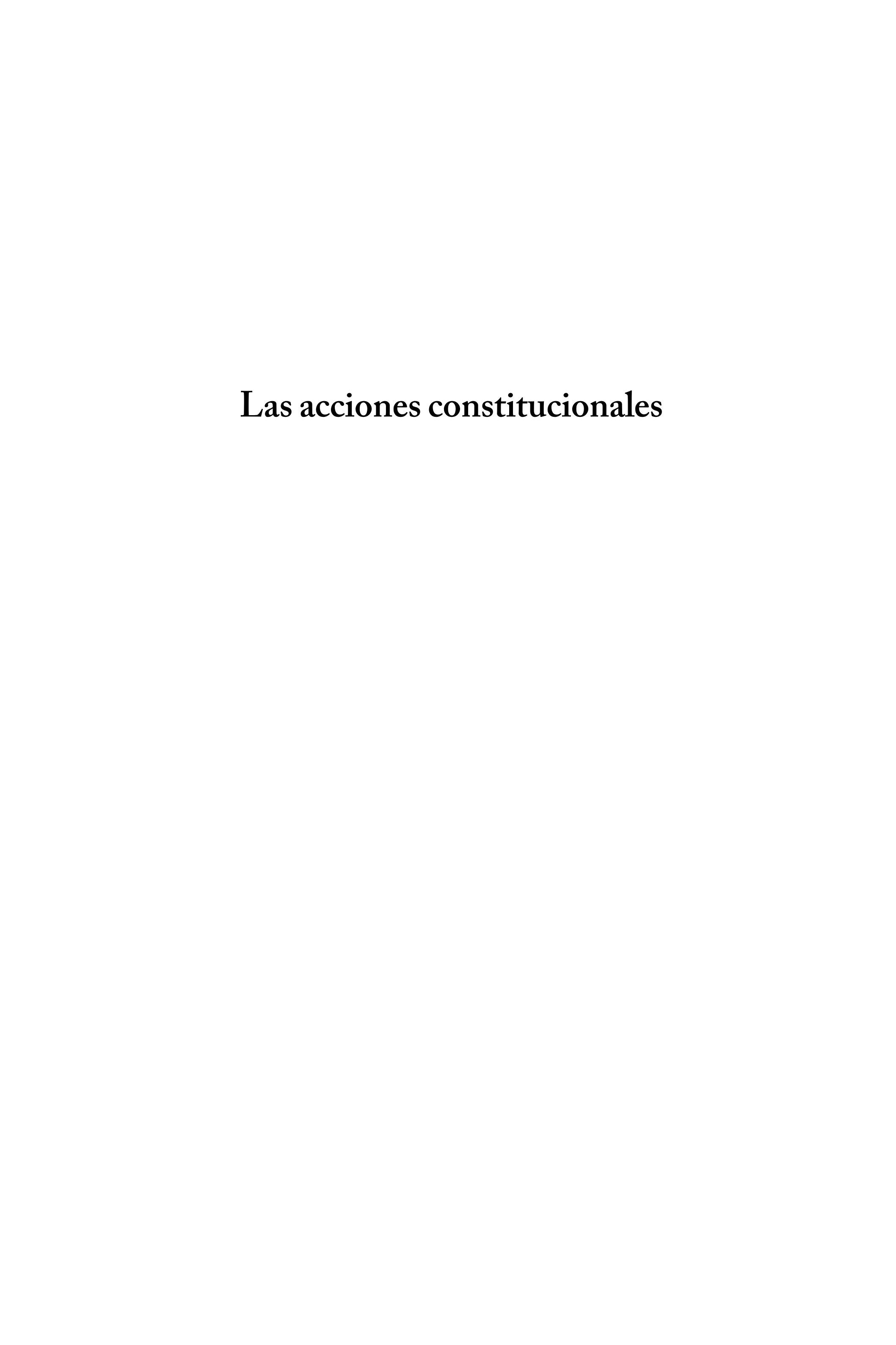
María Lucía Torres-Villarreal
Paola Marcela Iregui-Parra
(eds.)

TORRES-VILLARREAL, M., and IREGUI-PARRA, P. M., eds. *Las acciones constitucionales*: reflexiones sobre sus avances y retos [online]. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario; Fundación Hanns Seidel, 2020, 283 p. Textos de Jurisprudencia collection. ISBN: 978-958-784-390-3. Available from: https://books.scielo.org/id/dtz2z. https://doi.org/10.12804/tj9789587843897.




Fundación
Hanns
Seidel

Universidad del
Rosario



Las acciones constitucionales

Las acciones constitucionales: reflexiones sobre sus avances y retos

Resumen

El libro es el resultado de un esfuerzo académico derivado de las investigaciones llevadas a cabo al interior de la línea de investigación sobre mecanismos de protección de los derechos humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, en asocio con la Fundación Hanns Seidel. Esta obra presenta una reflexión sobre los avances y retos que tienen las acciones constitucionales en nuestro país y busca destacar su importancia en el ordenamiento colombiano, como herramientas para el ciudadano en la defensa de sus derechos, del interés público y de los derechos humanos. Así mismo, también se busca comprenderlas como mecanismos de participación ciudadana al ser herramientas que el Constituyente creó para controlar las actuaciones del Estado y, por último, revisar los avances y los vacíos o aspectos que se deben mejorar en su aplicación. Esperamos que este libro sea de interés y utilidad para quienes, en estos casi treinta años de existencia de las acciones, han puesto su mirada en la importancia de estas, lo que representan en términos de progresividad del ordenamiento en cuanto a la garantía de derechos y para quienes quieren adentrarse en el análisis de estos mecanismos de defensa de derechos, que cada día son más relevantes en términos de participación ciudadana y ejercicio de derechos políticos del ciudadano en el marco de un Estado social de derecho.

Palabras clave: acciones constitucionales, derechos humanos, defensa del interés público, acción de tutela, acción popular, acción de grupo, acción de cumplimiento, medios de control.

Constitutional actions: reflections on their progress and challenges

Abstract

The book is the result of an academic effort derived from a research carried out in the line of research on human rights protection mechanisms at the Faculty of Jurisprudence of the Universidad del Rosario, in association with the Hanns Seidel Foundation. This work presents a reflection on the progress and challenges of constitutional actions in our country and aims to highlight their importance in Colombian laws, as tools for citizens to defend their rights, public interest, and human rights. Likewise, it seeks to understand them as mechanisms of citizen participation since they are tools created by the Constituent to control State actions; and, finally, to review the progress and gaps or aspects that should be improved in their application. We hope that this book is of interest and utility to those who, during almost thirty years of their existence, have paid attention to the importance of these actions and what they represent in terms of the progressiveness of laws as a guarantee of rights, as well as to those who want to learn in more depth about these rights protection mechanisms, which are becoming more relevant every day in terms of citizen participation and the exercise of citizens' political rights within the framework of a social state of law.

Keywords: constitutional actions, human rights, defense of the public interest, action for protection, popular action, group action, compliance action, means of control.

Citación sugerida / Suggested citation
Torres-Villarreal, M. L. & Parra-Iregui, P. M. (eds.) (2020). *Las acciones constitucionales: reflexiones sobre sus avances y retos.* Bogotá, D. C.: Editorial Universidad del Rosario; Fundación Hanns Seidel.
https://doi.org/10.12804/tj9789587843897

Las acciones constitucionales:
reflexiones sobre sus avances y retos

María Lucía Torres-Villarreal
Paola Marcela Iregui-Parra
—*Editoras académicas*—

Las acciones constitucionales: reflexiones sobre sus avances y retos / María Lucía Torres-Villarreal y Paola Marcela Iregui-Parra, Editoras académicas. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario; Fundación Hanns Seidel, 2020.

x, 283 páginas.

Incluye referencias bibliográficas.

1. Control de constitucionalidad – Colombia 2. Recurso de amparo – Colombia 3. Acción de tutela – Colombia I. Universidad del Rosario II. Título.

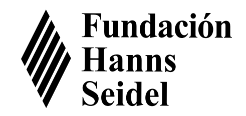
342.085 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. CRAI

JAGH Enero 22 de 2020

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995





Jurisprudencia

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501
Tel: 297 02 00, ext. 3112
editorial.urosario.edu.co

Primera edición: Bogotá D. C., enero de 2020

ISBN: 978-958-784-388-0 (impreso)
ISBN: 978-958-784-389-7 (ePub)
ISBN: 978-958-784-390-3 (pdf)
https://doi.org/10.12804/tj9789587843897

Coordinación editorial:
Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Luz Ángela Uscategui
Diseño de cubierta: Miguel Ramírez, Kilka DG
Diagramación: Martha Echeverry
Impresión: Xpress. Estudio Gráfico y Digital, S. A. S.

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Introducción **1**
María Lucía Torres-Villarreal
Paola Marcela Iregui-Parra

Parte I
Acción de tutela

1.1. La acción de tutela y su relación con los mecanismos de participación ciudadana en asuntos ambientales **9**
Lina Muñoz-Ávila
María Elvira Padilla-Ciodaro

1.2. La acción de tutela como mecanismo judicial de protección ciudadana del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia **31**
Daniel Santiago Cabana-González
Camila Zuluaga-Hoyos

Parte 2
Acción popular

2.1. Los derechos colectivos de los consumidores: una mirada a su justificación y a su defensa mediante las acciones populares 61
David Hernández-Zambrano
Yira López-Castro

2.2. El régimen de costas procesales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: la evolución histórica de la exclusión de la condena en costas en el seno de los procesos que comportan un interés público 91
Nicolás González-Tamayo

2.3. Balance de las acciones populares en Colombia: ¿camino a su desnaturalización? 121
Beatriz Londoño-Toro
Natalia Pérez-Amaya

Parte 3
Acción de grupo

3.1. Obstáculos para el ejercicio de las acciones de grupo: una alternativa desde el arbitraje social ... 155
María Lucía Torres-Villarreal
Paola Marcela Iregui-Parra

Parte 4
Acción de cumplimiento

4.1. **La acción de cumplimiento: una acción desdibujada en el ordenamiento jurídico colombiano** **191**
Anamaría Sánchez-Quintero
María Alejandra Lozano-Amaya

Parte 5
Acción pública de inconstitucionalidad

5.1. **Propuestas de cambio a la acción pública de inconstitucionalidad en el Congreso colombiano: ¿restricción del ejercicio de un derecho político?** **217**
Sebastián Senior-Serrano

Parte 6
Acción de nulidad simple

6.1. **La efectividad del medio de control de nulidad en la protección de los derechos colectivos: una aproximación desde el derecho colectivo al ambiente sano** **241**
María Paula González-Espinel
Iván Andrés Páez-Páez

Parte 7
Acción de nulidad por inconstitucionalidad

7.1. Medio de control de nulidad por inconstitucionalidad: precisiones constitucionales y delimitaciones jurisprudenciales 265
Manuel Alberto Restrepo-Medina

Introducción

Casi a tres décadas de haber sido instalada la Asamblea Nacional Constituyente, cuyo propósito de reforma constitucional dio como origen la Carta Política de 1991, se ha diseñado este libro, que se concentra de forma especial en las acciones al alcance del ciudadano como una manera de hacer realidad el discurso de derechos y garantías que había rodeado las discusiones de dicha asamblea. La Constitución "de los hombres para los hombres" estaba pensada sobre la base del Estado social de derecho y de esta manera, materializar sus fines era una labor esencial para que el texto constitucional no fuese una pieza jurídica, sino una verdadera carta de navegación para un Estado con un contexto particular.

El 4 de julio de 1991, los entonces presidentes de la Asamblea Nacional Constituyente, Álvaro Gómez, Antonio Navarro Wolff y Horacio Serpa, entregaron al país lo que sería el marco de acción para el Estado y los ciudadanos, producto de un proceso participativo, abierto e incluyente en el cual intervinieron 76 constituyentes bajo la perspectiva de una Constitución que respondiera a las necesidades sociales, políticas y económicas que venían marcando la historia del país, que clamaba por un ajuste estructural y de fondo en las bases del modelo de Estado. Los valores y las premisas que rodearon las discusiones, los cuales se presumen de la lectura de las actas que dan cuenta de la ardua tarea de la asamblea, pretendieron plasmarse en su contenido. Así las cosas, hablar de un Estado

social de derecho no podía reducirse a la consideración de un catálogo de derechos extenso y sólido, sino que requería de herramientas para su defensa, que permitieran al país mostrar un discurso garantista y de protección de derechos, progresivo y acorde a los debates y retos que la comunidad internacional venía planteándose.

Quizá muchos de los derechos que se consagraron en el texto ya venían de la Constitución de 1886, pero el gran hallazgo de la Constitución de 1991 fue haber hecho de la disposición de derechos en el texto un verdadero catálogo, claro, organizado, redactado en lenguaje sencillo, que verdaderamente pusiera al ser humano como el centro para que entendiese sus derechos; pero sobre todo la gran conquista se centra, sin duda, en no haber dejado el catálogo como letra muerta, sino en la pretensión de hacer realidad el discurso de derechos ideando las herramientas para su protección e incorporándolas en el texto, lo cual les daría un rango de importancia en el ordenamiento jurídico colombiano y las haría trascender en el tiempo.

Hoy, a casi treinta años de la existencia de la Constitución, el balance podría ser positivo para algunos y negativo para otros en términos de existencia de las acciones constitucionales; desde la academia, rescatamos su invaluable aporte a la construcción de un verdadero marco de derechos humanos, a la consolidación de fines esenciales del Estado, a la materialización de la garantía de derechos, a la confianza de las personas en la justicia y sus instituciones y sobre todo a la concepción de un escenario real de acceso a la justicia y de participación ciudadana. Haber previsto las acciones constitucionales fue permitirle al ciudadano sentirse realmente parte de un Estado y dueño de unos derechos que puede hacer exigibles.

El simple paso del tiempo, las diversas ideologías y las diferentes plataformas políticas que rodean a quienes ocupan un lugar en las distintas ramas del poder, entre otros factores políticos, económicos y jurídicos, han conducido a la necesidad de hacer un balance sobre la percepción del estado actual de las acciones ideadas por el Constituyente en 1991. Algunas situaciones representan elementos progresivos y constructivos para el fortalecimiento de las acciones constitucionales y otras cuestionan de manera crítica y reflexiva la forma en que ciertas acciones se han venido manejando a lo largo del tiempo y la necesidad de hacer un diagnóstico de fondo para hacer un llamado sobre sus condiciones actuales. Sobre esta premisa, el libro que a continuación se pone en manos del lector tiene por objeto revisar esos dos escenarios y generar un espacio de reflexión, orientando la mirada hacia el espíritu del Constituyente a la hora de disponer tales acciones en el cuerpo constitucional. Básicamente porque los tiempos cambian, los contextos varían, pero los derechos humanos y sus mecanismos de defensa deben permanecer incólumes en su esencia y al variar se espera un desarrollo siempre progresivo y no regresivo.

Como herramienta metodológica para la selección de las acciones que se recogen en esta publicación, se acudió a la experiencia de veinte años del Grupo de Acciones Públicas (GAP), una clínica jurídica de interés público adscrita al Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario, el cual ha versado sus actuaciones de litigio estratégico para la defensa de los derechos humanos y el interés público en el uso de las acciones contempladas en la Constitución de 1991 y en otras de rango legal que persiguen las mismas premisas de garantía de derechos y que han demostrado, a lo largo del tiempo, su pertinencia e idoneidad para los fines señalados. En ese sentido, se han

seleccionado siete acciones que, a juicio de las editoras, se consideran relevantes para el análisis pretendido en este escrito: la acción de tutela, la acción popular, la acción de grupo, la acción de cumplimiento y la acción pública de inconstitucionalidad y de rango legal, la acción de nulidad y la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Para ello se convocó a diversos autores que desde sus investigaciones en la academia o en su labor diaria han evidenciado la necesidad de destacar y mostrar el acontecer actual de estas acciones para, desde una perspectiva crítica con enfoque de derechos humanos, plantear los retos que se avecinan, exaltar sus cualidades o llamar la atención sobre su alcance. En ese sentido, el libro alude a dos escenarios analíticos: uno que subraya los aspectos positivos del balance de las acciones y alude de forma especial a su idoneidad en la protección de derechos, tal como lo concibió el Constituyente, y otro que, *a contrario sensu*, plantea una serie de obstáculos para la verdadera efectividad de las acciones y cómo ello puede conducir a una desnaturalización de estas en los términos en que fueron concebidas e incorporadas al ordenamiento jurídico. Es por ello que algunos capítulos versan sobre reflexiones dogmáticas, mucho más asociadas al análisis teórico y jurisprudencial, y otros plantean reflexiones críticas frente al alcance de la interpretación y la aplicación de la norma y el rol del ciudadano, como destinatario final de las acciones. Sin embargo, el libro no se estructura sobre esta clasificación, para dejar que sea el lector quien, a partir de los planteamientos de cada capítulo, estructure sus propias reflexiones y posturas ante los elementos propuestos.

De esta manera, el libro está compuesto por diez artículos: dos relacionados con la *acción de tutela*, uno que aborda temas tan importantes como su relación con los mecanismos de participación ciudadana y analiza el uso de esta acción

como herramienta de participación en asuntos ambientales en Colombia y otro que se centra en los avances en la protección y el reconocimiento del derecho de las mujeres a una vida libre de violencias y analiza este asunto desde las sentencias de revisión de tutela dictadas por la Corte Constitucional. La *acción popular* contempla tres artículos: el primero da alcance al derecho colectivo de los consumidores y los usuarios y se refiere a su vulnerabilidad y su posición de inferioridad en las transacciones masivas que ocurren en el mercado, lo cual los hace ser un colectivo con la legitimación para exigir la protección de sus derechos mediante la acción popular; el segundo alude al tema de las costas en los procesos en los que se defiende el interés público y su desnaturalización con la expedición de la Ley 1437 y el tercero analiza los aspectos más destacados del desarrollo de la acción popular desde su constitucionalización para determinar si las modificaciones hechas a la misma han generado trabas en su utilización, luego de veinte años de expedida la norma que reglamenta tales acciones.

Las subsiguientes acciones están representadas cada una en un capítulo: la *acción de grupo* está tratada a partir de cómo la práctica de estas acciones ha revelado una serie de obstáculos que confronta a los ciudadanos con los objetivos reales de la acción, lo cual pone en entredicho el acceso a la justicia y la efectividad de la herramienta y conduce a pensar en alternativas como el arbitraje social. La *acción de cumplimiento* plantea reflexiones al rededor de los condicionamientos que desde las normas se han instaurado para su ejercicio o la reconfiguración que se promueve desde el legislativo, lo que puede transgredir el espíritu del mecanismo. La *acción pública de inconstitucionalidad* está propuesta desde una reflexión que, desde las iniciativas legislativas que se han intentado al rededor de este mecanismo, busca analizar si se trata de una restricción del ejercicio del derecho político de

todo ciudadano en defensa de la Constitución o si se trata de una lógica de deberes del ciudadano en su ejercicio de control del poder. En el escenario de las nulidades, la *acción de nulidad* está analizada desde la efectividad de la figura en la protección de los derechos colectivos, para lo cual centra la reflexión en el derecho al ambiente sano y, por último, la *acción de nulidad por inconstitucionalidad*, la cual se propone a partir de la necesidad de formular una serie de precisiones constitucionales y delimitaciones jurisprudenciales para determinar el alcance y los fines de la figura.

La metodología que sustenta este libro está dada desde la perspectiva dogmática, basada en un análisis descriptivo analítico, que se enfoca hacia un resultado de reflexión en la investigación adelantada por cada autor para la elaboración del escrito. Cada autor estructuró su artículo desde una orientación sustentada en la necesidad de hacer un diagnóstico crítico, reflexivo y propositivo al rededor de las acciones constitucionales y legales y su impacto en el ordenamiento jurídico y en los ciudadanos, destinatarios reales de estas figuras en términos del Constituyente. Esperamos resulte de gran interés para quienes en estos casi treinta años de existencia de las acciones han puesto su mirada sobre su importancia, lo que estas representan en términos de progresividad del ordenamiento en la garantía de derechos y para quienes quieren adentrarse en el análisis de estos mecanismos constitucionales y legales de defensa de derechos, que cada día son más relevantes en términos de participación ciudadana y ejercicio de derechos políticos del ciudadano en el marco de un Estado social de derecho.

María Lucía Torres-Villarreal
Paola Marcela Iregui-Parra

Parte I
Acción de tutela

1.1
La acción de tutela y su relación con los mecanismos de participación ciudadana en asuntos ambientales

Lina Muñoz-Ávila*
María Elvira Padilla-Ciodaro**

Resumen

Este capítulo tiene como objetivo presentar los principales elementos de la relación que existe entre las acciones constitucionales y el derecho de acceso a la participación ambiental, y analiza especialmente el uso de la acción de tutela como mecanismo de participación ciudadana en asuntos ambientales en Colombia. Lo anterior se desarrolla en dos grandes partes. La primera de ellas caracteriza la sinergia entre los conceptos señalados anteriormente. En la segunda, se identifican tres nuevas categorías de análisis a través

* Abogada. Doctora en Derecho. Directora de la Especialización y de la Maestría en Derecho y Gestión Ambiental, supervisora del Grupo de Acciones Públicas (GAP) y profesora de carrera de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: lina.munoz@urosario.edu.co

** Abogada y estudiante de la Especialización en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario. Exmiembro del Grupo de Acciones Públicas (GAP). Correo electrónico: mariae.padilla@urosario.edu.co.

de las cuales se ha utilizado la acción de tutela de forma reciente en la jurisprudencia nacional. Para desarrollar este trabajo fue seleccionado el método cualitativo de investigación a través de la revisión de fuentes primarias y secundarias en bases de datos bibliográficas y páginas web especializadas. Así mismo, se utilizó el método de análisis jurisprudencial, según el cual fueron seleccionadas recientes sentencias emblemáticas de tutela de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia con base en criterios de especificidad y pertinencia.

Palabras clave: acción de tutela, participación ambiental, acciones constitucionales, justicia ambiental.

1.1.1. Introducción

La revolución industrial y tecnológica que se produjo y se fortaleció entre los siglos XIX y XX generó crecimiento económico y social en muchos lugares del planeta. Sin embargo, junto con este auge en el desarrollo, surgieron paralelamente retos de enorme magnitud, tales como la profundización de la desigualdad, el aumento de la pobreza en algunas regiones y el surgimiento de una crisis ambiental sin precedentes. Las sociedades actuales habitan un planeta profundamente modificado por su propia existencia y por la continua búsqueda de la satisfacción de sus necesidades. Los científicos han señalado que el mundo moderno se encuentra en la era del *Antropoceno*, una nueva era geológica determinada por los impactos de la actividad humana en la Tierra. Esto es evidente en el uso de combustibles fósiles como los hidrocarburos y los minerales para crear fuentes de energía en el transporte, las industrias y la infraestructura, el desordenado crecimiento de las ciudades junto con su sobrepoblación y la deforestación que generan, por ejemplo, impactos como el derretimiento de los polos, el aumento del nivel del mar,

el calentamiento de los océanos, las inundaciones y las sequías, la intensidad de los fenómenos climáticos y meteorológicos y la pérdida de la biodiversidad, entre otros (Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [IPCC], 2013).

Estos son solo algunos de los principales problemas a los que se enfrenta la especie humana para garantizar su supervivencia en los próximos cien años. Estos cambios no solo afectan a la Tierra en sí misma, sino que también producen graves consecuencias para las condiciones de vida y la salud de los seres humanos. Dado el estrecho vínculo que existe entre la calidad ambiental y el disfrute de los derechos humanos, prerrogativas como el agua y el aire limpios, la salubridad y el saneamiento se ven amenazadas o vulneradas constantemente por la toma de decisiones legislativas y administrativas o por el desarrollo de proyectos, obras o actividades que no incorporan adecuadamente una visión de desarrollo sostenible (De Carvalho, 2008).

Así, la humanidad encara un dilema de sostenibilidad: producir riqueza en términos económicos, proteger a las personas y cuidar el ambiente de forma simultánea y garantizar las necesidades de las generaciones futuras. Conforme a lo anterior, la pregunta que surge es: ¿cuál es la mejor manera de hacerlo?

Para responder a este interrogante, justamente la participación ciudadana señala uno de los posibles abordajes. La participación juega un papel fundamental para construir un mundo que sea económica, social y ambientalmente más justo e inclusivo. En las democracias modernas, las personas desempeñan un rol decisivo a la hora de construir políticas públicas y de coadministrar el Estado, pues al involucrarse en los procesos pueden lograr la incorporación de los diversos puntos de vista y necesidades de los actores sociales en la gestión pública (Comisión Económica para América Latina y el Caribe [Cepal], 2017).

En materia ambiental, la democracia está construida bajo la idea de que la significativa participación pública es determinante para garantizar adecuadas decisiones sobre los territorios y los recursos naturales y así incorporar equitativamente los intereses de los ciudadanos. El núcleo de la democracia ambiental involucra tres derechos que se refuerzan mutuamente: el acceso a la información, a la participación y a la justicia en asuntos ambientales (Organización de las Naciones Unidas, 1992). Especialmente, la participación y la justicia ambiental tienen una relación muy cercana con las acciones constitucionales que sirven al mismo tiempo como medio de defensa y como mecanismo de participación. En Colombia, por ejemplo, la acción de tutela ha sido un instrumento dispuesto para que cualquier persona o colectivo defienda sus derechos fundamentales relacionados con el ambiente sano y, más recientemente, para incluir nuevas categorías de protección en los derechos humanos.

En dicho contexto, este capítulo tiene como objetivo presentar los principales elementos de la relación que existe entre las acciones constitucionales y el derecho de acceso a la participación ambiental y, especialmente, analizar el uso de la acción de tutela como mecanismo de participación ciudadana en Colombia. Así, se aborda la siguiente pregunta de investigación: ¿la acción de tutela, prevista como un mecanismo de defensa y garantía de los derechos fundamentales, se ha convertido en un efectivo mecanismo de participación ciudadana en asuntos ambientales? Para responderla, el capítulo se desarrolla en dos grandes partes: en la primera se caracteriza la sinergia entre los conceptos señalados anteriormente y en la segunda se identifican tres nuevas categorías de análisis a través de las cuales se ha utilizado la acción de tutela de forma reciente en la jurisprudencia nacional, tales como el reconocimiento de la

naturaleza como sujeto de derechos, la justicia climática y el pronunciamiento sobre otros mecanismos de participación de tipo político, como las consultas populares para la explotación de recursos naturales.

Para desarrollar este trabajo se usó el método cualitativo de investigación, a través de la revisión de fuentes primarias y secundarias en bases de datos bibliográficas y páginas web especializadas. Así mismo, se emplearon técnicas de recolección de datos como el método de análisis jurisprudencial, según el cual fueron seleccionadas recientes sentencias emblemáticas de tutela de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia con base en su especificidad, pertinencia y relevancia jurídica y ambiental. De igual manera, se utilizó el método deductivo, de forma tal que a partir de la *ratio decidendi* de cada providencia fue posible demostrar que la acción de tutela no solo es un mecanismo de protección de los derechos humanos, sino también un mecanismo de participación ciudadana en asuntos ambientales.

1.1.2. ¿Cómo se relaciona el derecho a la participación en asuntos ambientales con las acciones constitucionales?

Desde 1991, en Colombia fueron creadas diferentes clases de herramientas para ejercer la participación ciudadana, representadas en múltiples mecanismos, instancias y acciones. En esta tarea, la Constitución Política generó un cambio de paradigma a través del Estado social de derecho, el cual dotó de instrumentos especiales a las personas para la defensa de sus derechos y que en lo ambiental se destaca en tres aspectos: (i) el establecimiento de la democracia participativa; (ii) la garantía del derecho al ambiente sano y la participación de las

comunidades en las decisiones que puedan afectarlo, y (iii) la creación de las acciones constitucionales (Quinche, 2015a).

La participación en asuntos ambientales es un derecho fundamental con carácter sustantivo y procedimental que se materializa en la posibilidad de manifestar opiniones y que las mismas sean tenidas en cuenta en los procesos de toma de decisiones que están relacionados con los recursos naturales, los ecosistemas, la biodiversidad y los territorios. Estas decisiones pueden ser de tipo político, como planes, programas, políticas y regulaciones, y de tipo administrativo, sobre proyectos, obras o actividades y sus respectivos impactos. A nivel nacional, la doctrina ha identificado tres categorías de mecanismos de participación en asuntos ambientales: administrativos, políticos y judiciales (Rodríguez & Muñoz, 2009). Si bien en el país no existe una ley de participación ambiental, los mecanismos generales y específicos en la materia se encuentran dispersos a través de diferentes normas sobre participación y derecho ambiental, como la Ley 99 de 1993, la Ley 134 de 1994 y la Ley 1757 de 2015.

La categoría de *participación judicial* se materializa en el derecho de todas las personas de acudir ante la administración de justicia y ser beneficiarios de la tutela judicial efectiva (Velásquez, 2003, p. 140). También implica el uso de mecanismos que buscan la reivindicación de un derecho individual o colectivo cuando este haya sido negado o vulnerado, como sucede con la acción de tutela o la acción popular, que en algunos casos implican la reparación o compensación por los daños causados, como ocurre con las acciones de grupo. Dicha participación coincide plenamente con los elementos del concepto de justicia en asuntos ambientales. Este tipo de participación

> […] también puede ser empleada con el fin de revocar una decisión que tenga un efecto adverso frente a un número plural o singular de personas o para denunciar el incumplimiento de una norma, tal es el caso de la acción de nulidad y la acción de cumplimiento […]. Se ejerce exclusivamente frente a la Rama Judicial del Poder Público, algunas requieren de abogado mientras que otras, como la acción de tutela y la acción popular tienen legitimación activa amplia, pero siempre con las formalidades y requisitos que la ley exige para la presentación de acciones o demandas […] y no requiere en todos los casos la calidad de ciudadano para su ejercicio (Rodríguez & Muñoz, 2009, p. 65).

Como se ha visto, dentro de esta forma de participación se encuentran las acciones constitucionales, tales como la acción de tutela, la acción popular, la acción de grupo, la acción de inconstitucionalidad, la acción de nulidad y la acción de cumplimiento, que son resueltas por un juez o magistrado según las reglas de competencia y que han sido utilizadas para la protección directa o indirecta del derecho al ambiente sano y otros derechos humanos relacionados. Así, las acciones constitucionales son los medios de defensa de los derechos humanos consagrados expresamente en la Carta Política y desarrollados por la legislación nacional.

Al igual que otros mecanismos de participación como, por ejemplo, los mecanismos políticos de cabildo abierto o consulta popular, algunas acciones constitucionales que inicialmente no fueron concebidas para la defensa del ambiente han sido implementadas en las últimas décadas de forma novedosa en este campo a través del litigio estratégico y la educación legal clínica, debido al constante incremento de la conflictividad socioambiental en Colombia y la búsqueda de una respuesta efectiva frente a esto (Muñoz, Castro,

Gutiérrez & Luna, 2018). No obstante, es importante tener en cuenta que no todas las acciones judiciales son acciones constitucionales, no todas las acciones constitucionales se interponen con fines de protección del ambiente o de lo colectivo y no todas las acciones judiciales pueden ser consideradas como mecanismos de participación, por las razones que se expondrán en la siguiente sección.

Elementos comunes entre las acciones constitucionales y los mecanismos de participación en asuntos ambientales

Las acciones constitucionales han sido uno de los principales medios de defensa del ambiente y de promoción del desarrollo sostenible en Colombia. Con su uso a lo largo del tiempo, adquirieron una doble connotación: de acción judicial constitucional y de mecanismo de participación[1]. La jurisprudencia constitucional definió estos últimos como instrumentos o modalidades para "conformar, ejercer y controlar el poder político materializado en el Estado" (Corte Constitucional, 2015). Esto significa que el ciudadano es un gestor y coejecutor del poder público, que a su vez puede ser parte de la administración, adoptar decisiones de forma directa y vigilar e inspeccionar a las autoridades.

Los mecanismos de participación no son únicamente los establecidos expresamente como tal en la Constitución y las leyes, sino también aquellos que, dadas sus características, persiguen el objetivo de la consolidación de la democracia,

[1] La Corte Constitucional (2015) determinó que "la Constitución fija como *una forma de participación el ejercicio de las acciones administrativas o judiciales* requeridas para el control de las actividades a cargo del Estado o para la efectividad de los derechos colectivos" [las cursivas son nuestras].

como las acciones constitucionales. A continuación se presentan algunas de las principales características que tienen en común estos dos conceptos en materia ambiental:

a) Rango constitucional: ambos tienen fundamento y consagración constitucional, lo que les otorga un rango de jerarquía y estabilidad jurídica superior.
b) Control del poder político: son un medio para materializar el derecho al ejercicio del control sobre el poder político.
c) Protección de derechos humanos y, en especial, del derecho al ambiente sano: tienen entre sus fines la defensa de los derechos de las personas, de los intereses colectivos y evitar impactos sociales y ambientales negativos.
d) Consolidación del Estado social de derecho: se basan en el principio democrático, la dignidad humana y el pluralismo.
e) Búsqueda de la justicia ambiental: combaten la carga desproporcionada de las consecuencias ambientales negativas y demandan la especial protección de las poblaciones más vulnerables.

Este ejercicio de análisis es válido no solo para la acción de tutela, sino también para las demás acciones constitucionales. Es decir que, con base en lo anterior, todas las acciones constitucionales pueden tener también una doble connotación, de acción judicial constitucional y de mecanismo de participación ciudadana.

La acción de tutela como acción constitucional y mecanismo de participación en asuntos ambientales

La acción de tutela es la acción más importante del sistema jurídico colombiano y la de mayor influencia a nivel nacional, pues ha propiciado sensibles modificaciones en Colombia y ha generado nuevos escenarios de protección de derechos humanos, logrando así la visibilización y justiciabilidad de temas innovadores (Quinche, 2015b). Su objetivo central, formulado en el artículo 86 de la Constitución,

> […] es el de proteger de modo inmediato los derechos fundamentales, cuando quiera que estos sean vulnerados o amenazados, siempre que no exista otro medio ordinario de defensa que resulte eficaz, salvo el caso de configuración el perjuicio irremediable, evento en el cual podrán operar la acción y la protección como mecanismos transitorios (p. 23).

Según el artículo 86 de la Constitución nacional, la acción de tutela no fue concebida expresamente como un mecanismo de participación ciudadana en asuntos ambientales, más aún cuando para la protección a nivel judicial del derecho a gozar de un ambiente sano fue creada la acción popular. Sin embargo, la Corte Constitucional determinó que para su protección se puede también hacer uso de la acción de tutela cuando exista conectividad con los derechos fundamentales (Rodríguez y Espinoza, 2002, p. 143). A través de esta acción todas las personas pueden acceder de forma directa y expedita a la justicia, pues el juez tiene un plazo máximo de diez días para resolverla.

En ese sentido, la acción de tutela, a pesar de no ser el medio diseñado originalmente para tales efectos, pero sí por

ser una acción judicial de tipo prioritario, solo preferida después que el recurso de *habeas corpus*, ha logrado materializar la participación ciudadana al relacionar el derecho a gozar de un ambiente sano con la protección del derecho a la salud y la vida, principalmente. La tutela también se ha convertido en un mecanismo para hacer frente a la altísima conflictividad ambiental que se presenta en Colombia a través de casos emblemáticos de contaminación y daño ambiental. Esto se evidencia a partir de la proliferación de acciones de tutela para la protección del derecho a gozar de un ambiente sano en conexidad con otros derechos fundamentales.

No obstante, la gestión judicial de los conflictos en un sistema colapsado como el nacional no siempre genera los resultados esperados por diversas razones, como, por ejemplo, la falta de conocimiento técnico ambiental de los operadores judiciales en el país y la dificultad en el cumplimiento oportuno de los fallos por falta de voluntad política o de recursos humanos o presupuestales (Vargas, 2013, p. 311). Lo anterior ha puesto en evidencia la necesidad de implementar de manera estratégica mecanismos alternativos de participación dependiendo de cada caso en particular, pues la judicialización a través de acciones como la tutela ha probado no ser suficiente.

1.1.3. Nuevas categorías de análisis en el uso de la acción de tutela como mecanismo de participación en asuntos ambientales

Las órdenes directas, inmediatas y contundentes que se producen en el marco de las acciones de tutela han permitido que las personas hagan frente a problemáticas de gran magnitud en el corto plazo y que las medidas impartidas en otro tipo de acciones judiciales o en mecanismos de participación de índole administrativa o política resulten poco efectivas para conjurar

la grave afectación al ambiente o a diversos derechos fundamentales. Al respecto, no se puede desconocer que cualquier impacto en el ambiente tiene consecuencias muy rápidas en el medio biótico, el abiótico e incluso en el socioeconómico.

Desde finales de los años noventa y principios del 2000[2], se evidenció la posibilidad de participar efectivamente en asuntos ambientales a través de la acción de tutela, lo que derivó, en años posteriores, en fallos de tutela emblemáticos y novedosos relacionados con declarar la naturaleza sujeto de derechos, la justicia climática y, finalmente, sentencias que reconocen la ausencia de verdaderos mecanismos de participación ciudadana en asuntos ambientales[3]. Por esta razón surge lo que en este trabajo se denomina *nuevas categorías de análisis de la acción de tutela en asuntos ambientales*; de forma preliminar, se identifican las tres siguientes.

Reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos: el caso del río Atrato

Nunca antes la jurisprudencia colombiana había otorgado la calidad de sujeto de derechos a un ente de la naturaleza y por ello la Sentencia T-622 de 2016 de la Corte Constitucional se convirtió en un hito, no solo en el precedente nacional, sino en la jurisprudencia en materia ambiental en América Latina y en el mundo (García & Varón, 2018, p. 304).

Los hechos que dan origen a esta acción de tutela son la explotación minera ilegal de oro y el uso correlativo del mercurio,

---

[2] Al respecto, se recomienda ver, por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional: T-406/1992, T-536/1992, T-092/1993, T-539/1993, T-231/1993, T-431/1994, T-500/1994, T-207/1995, T-460/1996, T-244/1998, T-453/1998, T-1452/2000 y T-1527/2000, entre otras.

[3] Ver al respecto las sentencias de la Corte Constitucional: T-622/2016 y SU-095/2018; y de la Corte Suprema de Justicia, la Sentencia STC4360-2018.

sumados a la deforestación en el Chocó biogeográfico, particularmente en la cuenca del río Atrato, que generaron afectaciones ambientales y sociales negativas al territorio de las comunidades afrocolombianas e indígenas que habitan dicha zona.

Esta situación derivó en la interposición de una acción de tutela que permitió a la Corte Constitucional determinar, particularmente, si la realización de actividades de minería ilegal en la cuenca del río Atrato en el Chocó, sus afluentes y territorios aledaños, junto con la omisión de las autoridades estatales demandadas, representaban una vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, a gozar de un ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes (Corte Constitucional, 2016). A partir de la resolución de este problema jurídico, el alto tribunal tomó la decisión de declarar al río Atrato como sujeto de derechos.

Es así que debido a la actividad y la participación judicial de conglomerados ciudadanos se logró que el Estado volcara su mirada hacia esta problemática ambiental. Con este fallo, la Corte, más allá de analizar derechos fundamentales que por conexidad con el ambiente debían ser protegidos, utilizó una categoría que no estaba prevista ni había sido analizada antes en el ordenamiento jurídico y la planteó como un desafío para el constitucionalismo colombiano y para todas las autoridades y la sociedad, pues es deber de todos los actores nacionales lograr la salvaguarda y la protección efectiva de la naturaleza no solo por la utilidad que representa para los humanos, sino porque se trata de un "ente viviente que se compone de vida y representaciones culturales [...], sujeto de derechos individualizables [...], convirtiéndose en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte del Estado y la sociedad" (Corte Constitucional, 2016).

Justicia climática: la Amazonía colombiana y su importancia en la lucha contra el cambio climático

El término *justicia climática* incorpora dos factores: el primero se refiere a que el cambio climático debe abordarse desde la perspectiva de la justicia, y el segundo, a que el cambio climático es un asunto de derechos humanos, pues afecta los medios de vida, la salud, la niñez y los recursos naturales, entre otros (Mendoza, 2009). Así las cosas, surge la idea de que los efectos del cambio climático son susceptibles de ser reclamados en instancias judiciales. En el caso colombiano, la justicia climática se aborda y materializa por primera vez en la Sentencia de tutela STC4360-2018 de la Corte Suprema de Justicia (2018) al reconocer que el cambio climático es una realidad que no atiende a edades ni barreras geográficas y es con base en este presupuesto que mediante el fallo se realizó la declaratoria de la Amazonía colombiana como sujeto de derechos.

En este caso la acción de tutela es presentada por un grupo de 25 personas conformado por niños, niñas y adultos colombianos entre los 7 y los 25 años de edad. Los accionantes destacaron que entre las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en el Acuerdo de París sobre cambio climático se encuentra la de disminuir la tasa neta de deforestación a cero en la Amazonía colombiana para el año 2020. Sin embargo, según el *Boletín de Alertas Tempranas de Deforestación*, esta región tiene el mayor índice de alertas tempranas por deforestación (AT-D) del país, equivalente a un 66,2% del total. Esta situación es consecuencia de la falta de acción por parte del gobierno nacional y las autoridades públicas, situación que además vulnera el derecho a la vida, a la salud y los derechos de la generaciones futuras (Corte Suprema de Justicia, 2018).

Conforme con lo anterior, la Corte se propuso la tarea de determinar si existía un nexo causal entre el cambio climático generado por la reducción de la cobertura forestal amazónica y los impactos negativos en la salud de los habitantes del territorio nacional y finalmente encontró una relación de causalidad entre estos dos aspectos. En atención a elementos como la irreversibilidad del daño y la certeza científica, y con base en los principios de equidad intergeneracional y de solidaridad, encontró la Corte Suprema de Justicia que es claro que pese a los compromisos internacionales, la normatividad y la jurisprudencia sobre la materia, el Estado colombiano no ha enfrentado de forma contundente la problemática de deforestación en la Amazonía.

Finalmente, la Corte, en aras de proteger la Amazonía como un ecosistema de importancia para el devenir global, la reconoce como sujeto de derechos, tomando como referente las órdenes impartidas en la acción de tutela que declaró al río Atrato como sujeto de derechos.

Las consultas populares para la prohibición de explotación de recursos naturales

En razón a la falta de vinculatoriedad de los resultados de los mecanismos de participación en asuntos ambientales, la ciudadanía y las autoridades locales han utilizado las consultas populares previstas desde la Ley 134 de 1994 y complementadas por la Ley 1757 de 2015 como el medio para preguntar a los habitantes de un territorio sobre su aprobación o rechazo respecto a la explotación de recursos naturales en los municipios.

El precedente de la Corte Constitucional había sido uniforme en aceptar y tomar como vinculante la decisión popular afirmativa o negativa resultante del proceso de consulta sobre

proyectos de explotación de minerales o hidrocarburos. Sin embargo, con la Sentencia SU-095 de 2018 cambió totalmente la línea jurisprudencial al respecto y tomó como fundamento los principios de autonomía territorial, coordinación, concurrencia, subsidiariedad y colaboración que deben existir entre la nación y los entes territoriales. Así las cosas, concluyó la Corte que las consultas populares no configuran un poder de veto respecto a las actividades de explotación del subsuelo o de los recursos naturales no renovables.

No obstante, este fallo de tutela reconoce el déficit de protección constitucional en materia de participación ciudadana y de instrumentos de coordinación y concurrencia nación-territorio específicos para la explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables (Corte Constitucional, 2018). Por lo anterior, la Corte exhorta al Congreso de la República para que establezca un mecanismo de participación ciudadana que cumpla con los postulados antes previstos, es decir que el nuevo mecanismo deberá responder a criterios de: participación ciudadana y pluralidad; coordinación y concurrencia nación-territorio; inexistencia de un poder de veto a las actividades de explotación del subsuelo y recursos naturales no renovables; diferencialidad y gradualidad; enfoque territorial, legitimidad y representatividad; información previa, permanente, transparente, clara y suficiente; desarrollo sostenible; diálogo; comunicación y confianza; respeto, protección y garantía de los derechos humanos; buena fe; coordinación y fortalecimiento de la capacidad institucional nacional y territorial; y que este mecanismo represente una herramienta para la consecución progresiva del Estado social y democrático de derecho (Corte Constitucional, 2018).

Finalmente, es inevitable cuestionar si el Congreso de la República cumplirá con la expedición de una ley sobre un

mecanismo de participación ciudadana que cumpla con los criterios formulados por la Corte Constitucional, y entre tanto, ¿qué mecanismo será utilizado? ¿No tendrá la ciudadanía una manera de expresarse sobre la explotación del subsuelo y los recursos naturales no renovables en sus territorios? Al parecer, mientras esto sucede, acudir a la acción de tutela seguirá siendo un derecho constitucional.

1.1.4. Conclusiones

La acción de tutela ha demostrado ser un mecanismo especial y efectivo para la protección del derecho a gozar de un ambiente sano, que permite materializar la participación ciudadana en este asunto al desarrollar el principio democrático. Sin embargo, esta acción no fue diseñada originalmente para este último objetivo y el uso de esta figura desde la creación de la Corte Constitucional en 1991 ha derivado en una clara transformación del mecanismo.

La acción popular, que es el mecanismo judicial por excelencia para la protección de derechos colectivos y al ambiente sano en Colombia, ha sido cuestionada por su capacidad de respuesta pronta, pues en la práctica su trámite es poco expedito, lo que genera graves consecuencias en materia ambiental. En los fallos analizados en este capítulo, la participación ciudadana, materializada con la acción de tutela, produce un efecto vital, como el reconocimiento de la relación inescindible que existe entre los derechos humanos de carácter fundamental, el ambiente sano, el cambio climático y la justicia.

Dichos fallos también ponen a prueba la capacidad de respuesta jurídico-institucional del Estado, pues las entidades deben demostrar acciones de cumplimiento en el corto plazo, efecto que sí tiene la acción de tutela y del cual carecen otras acciones constitucionales y mecanismos de participación. Ahora,

si bien las sentencias que declaran el río Atrato y la Amazonía sujetos de derechos constituyen pronunciamientos ambientales sin precedentes y se basan en postulados democráticos de derecho ambiental nacional e internacional y de equidad intergeneracional, esto no implica que sean jurídicamente precisas por varias razones, entre las que se encuentran:

1) Demuestran una visión segmentada del ambiente, ya que lo entienden como una serie de entes dispersos entre sí y desconocen que la naturaleza es un todo complejo e interconectado de sistemas y subsistemas.
2) Generan un cuestionamiento no poco relevante: ¿aquello que no goce de la categoría de *sujeto de derechos* no merece igual protección estatal y ciudadana?
3) No logran incorporar de manera rigurosa el componente técnico que en materia ambiental es sumamente importante, pues es el que indica el direccionamiento y el contenido de las órdenes.

Con este tipo de sentencias se abre la posibilidad de declarar a más o a todos los entes de la naturaleza como sujetos de derechos, atendiendo a que el ambiente requiere de una acción pronta y eficaz para su salvaguarda como un fin en sí mismo, pero, a la vez, para el disfrute de las generaciones futuras. Sin embargo, subsiste el interrogante sobre si el reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos en estas providencias marca una diferencia respecto del contenido y la eficacia jurídica de las órdenes o se suscribe principalmente a un efecto simbólico y orientador. De lo anterior surge otro cuestionamiento: ¿el reconocimiento de entes de la naturaleza como sujetos de derechos solo puede lograrse vía de acción de tutela? A juicio de las autoras, la respuesta

es negativa, pues a través de otras acciones constitucionales como la acción popular también podría hacerse, así como por medio de normas jurídicas. Otras preguntas relevantes para analizar serían: ¿qué tan efectivo resulta ese reconocimiento en la práctica, en aras de la protección del derecho al ambiente sano y particularmente respecto al adecuado cumplimiento de las órdenes de la sentencia? ¿Qué sucede con otros ríos u ecosistemas que ya fueron objeto de fallos judiciales, como el río Bogotá o el páramo de Santurbán, que no fueron reconocidos como sujetos de derechos? Si el reconocimiento de derechos implica las correlativas obligaciones, en este caso, ¿quién las cumpliría? ¿Los ecosistemas o recursos naturales que aún no han sido reconocidos como sujetos de derechos cuentan con una menor protección? Las respuestas a estos interrogantes exceden el objetivo de este capítulo, pero pueden ser el punto de partida para futuras investigaciones sobre el tema.

Para finalizar, se destacan tres aspectos relevantes de la implementación de la acción de tutela como mecanismo de participación ciudadana en asuntos ambientales en Colombia:

a) Existe un gran reto para el constitucionalismo colombiano respecto al reconocimiento de entes de la naturaleza como sujetos de derechos, que según el derecho privado nacional no cumplen con los requisitos jurídicos para ello.
b) A través de esta acción se ha llevado al juez constitucional a abordar en profundidad aspectos actuales y estructurales del derecho ambiental. Esto demuestra la importancia del fortalecimiento continuo de capacidades de los operadores judiciales para la materialización de una verdadera y acertada justicia ambiental.

c) Finalmente, la acción de tutela también ha demostrado ser un mecanismo a través del cual se ha interpretado y modificado el alcance y la naturaleza de otros mecanismos de participación, como las consultas populares en asuntos ambientales.

Bibliografía

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal). (2017). *Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe: situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas. Panorama 2017.* Santiago de Chile: ONU.

Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia C-150 de 8 de abril. M. P. Mauricio González Cuervo. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-150-15.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-622 de 10 de noviembre. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia SU-095 de 11 de octubre. M. P. Cristina Pardo Schlesinger. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU095-18.htm

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2018). Sentencia STC4360-2018 de 5 de abril. M. P. Luis Armado Tolosa Villabona. Recuperado de https://www.ambienteysociedad.org.co/es/fallo-stc4360-2018-de-la-corte-suprema-sobre-la-proteccion-de-la-amazonia-colombiana/

De Carvalho, E. (2008). La contribución del derecho humano internacional a la protección ambiental: integrar para mejor cuidar la Tierra y la humanidad. *American University*

International Law Review, 24(1), 141-180. Recuperado de https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1083&context=auilr

García, A. & Varón, D. (2018). La sentencia del río Atrato: un paso más allá de la Constitución Verde. En N. Orduz (ed.), *La Corte Ambiental* (pp. 297-319). Bogotá: Fundación Heinrich Böll.

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC). (2013). *Cambio Climático 2013: bases físicas. Resumen para responsables de políticas*. Contribución del Grupo de trabajo I al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

Mendoza, M. (2009). *Justicia climática: una tarea pendiente.* Managua: Centro de Estudios Internacionales. Recuperado de http://209.177.156.169/libreria_cm/archivos/pdf_678.pdf

Muñoz, L., Castro, M., Gutiérrez, G. & y Luna, G. (2018). El rol de las clínicas jurídicas en la consolidación de la justicia ambiental. En G. Rodríguez (ed.), *Justicia ambiental en Colombia. Una mirada desde el acceso a la información y a la participación* (pp. 143-165). Bogotá: Editorial Ibáñez.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Recuperado de http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm

Quinche, M. (2015a). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis.

Quinche, M (2015b). *Derecho procesal constitucional colombiano: acciones y procesos.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Rodríguez, G. & Muñoz, L. (2009). *La participación en la gestión ambiental: un reto para el nuevo milenio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Rodríguez, M. & Espinoza, G. (2002). *Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: evolución, tendencias y principales prácticas*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.

Vargas, H. (2013). Participación de los ciudadanos en gestión de conflictos. *Revista Derecho del Estado, 31*, 297-346. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932013000200010

Velásquez, C. (2003). Participación ambiental mecanismos establecidos por los Estados español y colombiano para la defensa del medio ambiente y los recursos naturales. *Revista de Derecho, 20,* 135-197. Recuperado de https://www.redalyc.org/pdf/851/85102007.pdf

1.2
La acción de tutela como mecanismo judicial de protección ciudadana del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia

Daniel Santiago Cabana-González*
Camila Zuluaga-Hoyos**

Resumen
La acción de tutela, como mecanismo judicial de protección ciudadana, surgió a partir de la Constitución Política de 1991 y se concibió como un medio para la salvaguarda de las garantías constitucionales fundamentales. A través de esta herramienta se ha logrado la defensa de los derechos expresamente consagrados en la Carta e incluso

---

* Abogado de la Universidad del Rosario, institución en la que se ha desempeñado como profesor asistente de Derecho Constitucional. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente ejerce el cargo de abogado sustanciador en la Corte Constitucional de Colombia.

** Abogada con profundización en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, profesora asistente de Teoría Constitucional y del Estado y de Acciones Constitucionales, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Nacional de Colombia. Coordinadora del Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario.

de aquellos establecidos en tratados internacionales de derechos humanos, lo cual descarta una concepción taxativa de los derechos fundamentales en el ordenamiento colombiano. Un ejemplo bastante elocuente de esta situación es el reconocimiento del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, el cual ha sido amparado como derecho fundamental autónomo. En este contexto, el presente capítulo expone los avances en la protección y el reconocimiento de dicho derecho a través de las sentencias de revisión de tutela dictadas por la Corte Constitucional colombiana. El análisis de estas decisiones permite concluir que la violencia contra la mujer es un fenómeno estructural, sistemático y generalizado. No obstante, la acción de tutela ha sido un mecanismo de gran importancia para la superación de esta situación, pues garantiza los derechos de las mujeres a través de un trámite que es, por regla general, sencillo, ágil, informal y efectivo.

Palabras clave: vida libre de violencia, acción de tutela, derecho fundamental, Corte Constitucional de Colombia, violencia contra la mujer.

1.2.1. Introducción

A partir de la vigencia de la Constitución de 1991 y de la creación de la acción de tutela como mecanismo judicial para salvaguardar los derechos constitucionales fundamentales, se generaron nuevos escenarios de protección de otras garantías, distintas de aquellos derechos que tradicionalmente podían ser invocados y restablecidos a través de los recursos y acciones legales respectivas. Así mismo, la Corte Constitucional, desde sus primeras decisiones, desarrolló criterios interpretativos que descartaron la taxatividad de los derechos fundamentales contenidos en el capítulo I, título II de la Carta Política, lo cual permitió ampliar el ámbito de protección a derechos humanos que no estaban previstos textualmente en la Constitución.

En este sentido, en principio, la acción de tutela se ha convertido en un mecanismo idóneo para la protección de derechos subjetivos que no se encuentran previstos expresamente en el capítulo de garantías fundamentales de la Constitución. En efecto, la expansión de los derechos que pueden ser protegidos mediante el amparo constitucional obedece a distintas razones, entre las cuales es posible citar: (i) la adopción de la teoría del bloque de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, pues este método permite incorporar normas de derecho internacional al ordenamiento jurídico y les confiere el rango de disposiciones constitucionales[1]; (ii) la interpretación adoptada por la jurisprudencia constitucional, de conformidad con la cual "el Constituyente no determinó en forma taxativa cuáles eran los derechos constitucionales fundamentales" (Sentencia T-002, 1992), motivo por el cual resulta necesario que el juez de tutela acuda a criterios de interpretación sistemática, finalista o axiológica para determinar si, en un caso concreto, se está ante un derecho fundamental; y (iii) la lectura del artículo 94 Superior, de conformidad con la cual esta norma contiene una "cláusula de derechos innominados" que permite al juez constitucional reconocer otros derechos y garantías inherentes a la persona humana aun cuando no estén expresamente contemplados en el texto constitucional (Sentencia C-018, 2018).

[1] En Colombia, la teoría del bloque de constitucionalidad surgió con la Sentencia C-225 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) y se consolidó durante la década siguiente en la jurisprudencia constitucional. No obstante, para su conceptualización fue decisivo el aporte de la doctrina, especialmente el texto de Uprimny Yepes (2001). Por lo tanto, el presente capítulo se basa en las conclusiones de dicho texto para estimar que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, que no son susceptibles de ser suspendidos en los estados de excepción, contienen normas que se incorporan a la Constitución Política mediante la remisión prevista en el artículo 93 Superior. De igual modo, esta definición se sustenta también en los textos de Arango Olaya (2004) y Suelt Cock (2016).

El presente capítulo pretende responder a la pregunta: ¿cuál ha sido el papel de la acción de tutela como mecanismo de protección ciudadana del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia? Para ello, se hará referencia al reconocimiento jurisprudencial del carácter iusfundamental autónomo de tal derecho, derivado de otras normas constitucionales y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano. Se ha escogido este escenario de protección en razón de su importancia para que las mujeres ejerzan plenamente su ciudadanía, en un entorno en el cual no reciban ninguna clase de amenaza o ataque en contra de su integridad en razón de su género.

De este modo, el análisis que se presenta en este capítulo toma como punto de partida los requisitos y las características generales de la acción de tutela, establecidos con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en textos doctrinarios. Posteriormente, se realizó un estudio detallado de varias sentencias de tutela del Tribunal Constitucional, proferidas en sede de revisión entre 1994 y 2018, con el propósito de identificar los estándares de protección reconocidos para la garantía del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. A partir de dicha metodología, se identificaron cuatro contextos en los cuales se ha alcanzado una protección concreta de los derechos de las mujeres a través de la acción de tutela.

En razón de lo anterior, este capítulo desarrollará la siguiente estructura: en primer lugar, se presentarán los aspectos generales de la acción de tutela como mecanismo de protección ciudadana, el cual se caracteriza por un procedimiento que es, por regla general, ágil, informal, sencillo e idóneo para que cualquier persona solicite el restablecimiento de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados. Posteriormente, se formularán algunas reflexiones en torno a la importancia del derecho de las mujeres a una

vida libre de violencia y su consagración en el derecho internacional. Por último, se analizarán las principales decisiones de la Corte Constitucional que han reconocido y protegido este derecho en su carácter fundamental, así como el alcance interpretativo que esa corporación le ha otorgado en distintos escenarios, entre los que se encuentran: (i) la vida familiar; (ii) el contexto del conflicto armado; (iii) el entorno laboral; y (iv) las actuaciones judiciales y administrativas.

1.2.2. Características generales de la acción de tutela como mecanismo de protección ciudadana

Prevista por el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la acción de tutela es un mecanismo judicial establecido para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares. En esencia, esta acción "se caracteriza por su accesibilidad y, en esta medida, la Constitución y la ley contemplan un procedimiento informal, preferente y sumario para su resolución"[2] (Cabana González & Senior Serrano, 2018, p. 63).

---

[2] "De acuerdo con el artículo 3º Decreto Ley 2591 de 1991 (norma que regula el ejercicio de la acción de tutela en Colombia), '[e]l trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia'. En desarrollo de estos mandatos se presentan, entre otras, las siguientes manifestaciones: '(i) la acción prevalece sobre los demás asuntos que tramite el juez o magistrado competente, salvo el de habeas corpus; (ii) resulta posible interponer el amparo de manera verbal, cuando el solicitante no sepa escribir, sea menor de edad o en caso de urgencia; (iii) el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, puede proferir el fallo sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas; (iv) el juez de primera instancia debe dictar el fallo dentro de los diez días siguientes a la presentación de la acción de tutela y el juez de segunda instancia proferirá su sentencia en los veinte días siguientes a la recepción del expediente'" (Cabana González & Senior Serrano, 2018, p. 63).

Resulta pertinente aclarar que toda persona puede interponer la acción de tutela, de modo que su legitimación es amplia y no se encuentra restringida únicamente a los ciudadanos colombianos. Así, la Corte Constitucional ha reconocido que el amparo constitucional puede ser invocado por menores de edad[3] (Sentencia T-1077, 2012), extranjeros (Sentencia SU-677, 2017), personas jurídicas (Sentencia T-809, 2009), por un representante legal (Sentencia T-430, 2017) o, incluso, por un agente oficioso cuando el titular de los derechos fundamentales no se encuentra en condiciones de promover la defensa de sus propios intereses (Sentencia T-084, 2018).

Igualmente, cabe destacar que la acción de tutela no procede solamente en contra de las autoridades públicas, sino que, excepcionalmente, puede presentarse cuando es una persona o entidad privada quien vulnera o amenaza los derechos fundamentales (Sentencia T-037, 2018). En este sentido, el amparo constitucional puede interponerse contra particulares, entre otros eventos, cuando (Sentencia T-430, 2017): (i) se encuentren a cargo de la prestación de un servicio público; (ii) su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; (iii) el accionante o agenciado se halle en condición de subordinación o indefensión en relación con la persona o entidad demandada[4]; (iv) se solicita la rectificación de información

---

[3] Es oportuno precisar que "la Corte Constitucional ha considerado que cualquier persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño" (Sentencia T-196, 2018).

[4] La jurisprudencia constitucional ha aclarado la diferencia entre subordinación e indefensión en los siguientes términos: "La *subordinación* ha sido definida por la doctrina constitucional como la condición de una persona que la hace sujetarse a otra o la hace dependiente de ella y, en esa medida, hace alusión principalmente a una situación derivada de una relación jurídica en virtud de un contrato de trabajo o de las relaciones entre estudiantes y directivas del plantel educativo o la de los padres e hijos derivada de

inexacta o errónea; (v) exista una vulneración o amenaza sobre la prohibición de esclavitud o servidumbre; y (vi) se formula una solicitud en relación con el *habeas data*.

Aunado a lo anterior, también existen dos requisitos indispensables para que proceda la acción de tutela: la subsidiariedad, de orden constitucional, y la inmediatez, cuya naturaleza es jurisprudencial. En cuanto a la primera de estas exigencias, se ha establecido que el amparo constitucional únicamente es procedente "cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial" (Decreto Ley 2591, 1991). Esta regla ha sido desarrollada por la Corte Constitucional con el propósito de garantizar la eficacia de los principios, derechos y deberes contenidos en la Carta, de modo que no basta con la mera existencia formal de recursos judiciales inocuos y carentes de aptitud para resolver las situaciones de vulneración o amenaza presentadas ante los jueces (Cabana González & Senior Serrano, 2018).

En consecuencia, aun en aquellos eventos en los cuales existe otro mecanismo judicial para la protección de los derechos constitucionales fundamentales que se consideran vulnerados, la tutela es procedente cuando la acción jurisdiccional de carácter ordinario no sea idónea o eficaz o cuando, a pesar de existir formalmente, el recurso no impide la configuración de un perjuicio irremediable (Sentencia T-239, 2018). En este último caso, el fallador debe establecer si el amparo debe concederse de manera definitiva o transitoria, en razón

---

la patria potestad. // El estado de *indefensión no tiene origen en la obligatoriedad derivada de un vínculo jurídico sino en la situación fáctica de falta total o insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales. La indefensión no es una circunstancia que pueda ser analizada en abstracto, requiere de un vínculo entre quien la alega y quien infringe que permita asegurar el nexo causal y la respectiva vulneración del derecho fundamental*" (Sentencia T-222, 2005).

de las posibilidades del accionante para acceder a los recursos judiciales previstos en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, según corresponda (Sentencia T-095, 2018).

A su turno, el requisito de inmediatez alude a la obligación del tutelante de formular la solicitud de amparo constitucional "en un término razonable y oportuno, concomitante o posterior a la vulneración de derechos fundamentales cuyo restablecimiento se pretende" (Cabana González & Senior Serrano, 2018). Al respecto, es pertinente mencionar que esta exigencia fue establecida por la Corte Constitucional a partir de su interpretación de la expresión "protección inmediata", prevista en el artículo 86 de la Constitución Política (Sentencia SU-961, 1999).

Pese a lo anterior, el Tribunal Constitucional colombiano también ha reconocido que existen algunas excepciones a la aplicación del principio de inmediatez, entre las cuales Cano Blandón refiere las siguientes:

> 1) Que exista una fuerza mayor que impidió presentar [el amparo constitucional], 2) Que el daño causado por el hecho violatorio de los derechos siga existiendo al momento de presentar la tutela y 3) Que se trate de una población vulnerable a la que no le es exigible la celeridad y la diligencia que se le puede exigir al resto de la población (2017, p. 125).

Ahora bien, en relación con el procedimiento y trámite del amparo constitucional, es pertinente señalar que la acción de tutela puede interponerse por escrito o, incluso, formularse de manera verbal en situaciones de urgencia, cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad (Decreto Ley 2591, 1991). De igual manera, conviene precisar que la demanda no requiere formalidades y que su único requisito consiste en que el actor

debe presentar una descripción de la acción u omisión que motiva la presentación de la solicitud e indicar la autoridad pública o el particular que considera responsable de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales (Cabana González & Senior Serrano, 2018). Sobre este particular, se debe señalar que el juez cuenta con la posibilidad de inadmitir la acción de tutela únicamente cuando, a partir del escrito, no resulta factible establecer la causa que motiva la solicitud. En este caso, se debe otorgar al solicitante un término de tres días para la corrección de la acción (Decreto Ley 2591, 1991).

Igualmente, es preciso destacar que el juez cuenta con la facultad de dictar medidas provisionales, cuando lo solicite la parte o de manera oficiosa, con el propósito de proteger los derechos fundamentales que se invocan como vulnerados o amenazados (Auto 601, 2017). Al respecto, la Corte Constitucional ha subrayado que el juez de tutela tiene una amplia discrecionalidad en el decreto de las medidas provisionales y ha establecido las siguientes subreglas de decisión: (i) en cuanto al tipo de medidas que debe adoptar, precisó que "el juez de tutela puede ordenar todo lo que considere procedente para proteger los derechos fundamentales" (Sentencia C-284, 2014); (ii) respecto del principio de congruencia, indicó que el juez puede proteger otros derechos amenazados más allá de lo expresamente alegado por el interesado (Auto 680, 2018); y (iii), en todo caso, la adopción de las medidas provisionales "debe basarse en la constatación de que es necesaria y urgente, y la decisión ha de ser '*razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada, lo que deberá hacer el juez del conocimiento, en forma expresa*'" (Sentencia C-284, 2014)[5] [las cursivas son del original].

[5] En relación con el decreto de medidas provisionales, la Corte Constitucional ha exigido también una serie de requisitos para su adopción, entre los cuales se

A partir de la admisión de la acción de tutela, los jueces constitucionales disponen de múltiples facultades para impulsar su trámite, entre las cuales se encuentran:

> (i) requerir informes a las autoridades o entidades accionadas, los cuales se consideran absueltos bajo juramento y, en caso de no ser rendidos dentro del plazo correspondiente, ocasionan que los hechos formulados por el tutelante se asuman como ciertos salvo prueba en contrario; (ii) practicar pruebas de oficio cuando no obren suficientes elementos de juicio para decidir el asunto a su consideración […], sin perjuicio de que, por regla general, la carga de probar la vulneración o amenaza corresponde al accionante […]; y (iii) dictar sentencia sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas "tan pronto llegue al convencimiento" […] sobre el sentido del fallo o cuando se funde en un medio probatorio del cual se deduzca una afectación grave del derecho en cuestión (Cabana González & Senior Serrano, 2018, p. 65).

Finalmente, el juez que conoce del asunto en primera instancia dispone de un término de diez días para dictar su fallo, en el cual puede conceder la protección invocada, denegarla o declarar la improcedencia de la acción de tutela. A partir de la notificación de la decisión, las partes pueden impugnar la sentencia

---

enuncian: "(i) Que la medida provisional, para proteger un derecho fundamental o evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público, tenga vocación aparente de viabilidad por estar respaldada en fundamentos fácticos y jurídicos razonables, es decir, que tenga la apariencia de un buen derecho (*fumus boni iuris*); (ii) Que exista un riesgo probable de que la protección del derecho invocado o la salvaguarda del interés público pueda verse afectado considerablemente por el tiempo trascurrido durante el trámite de revisión, esto es, que haya un peligro en la demora (*periculum in mora*); y (iii) Que la medida provisional no genere un daño desproporcionado a quien afecta directamente" (Auto 312, 2018).

en un término de tres días, caso en el cual el juez de segunda instancia debe proferir su decisión en un término de 20 días, en el transcurso de los cuales podrá revocar o confirmar la providencia dictada por el juez de primer grado. En cualquier caso, una vez la decisión de cualquiera de los jueces de tutela quede en firme, esto es, cuando haya vencido el término de ejecutoria sin que existan recursos pendientes de decisión, el expediente debe enviarse a la Corte Constitucional para que dicha corporación decida sobre su eventual revisión (Decreto Ley 2591, 1991).

1.2.3. Aproximación a los fundamentos normativos que establecen el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia

En los primeros instrumentos de protección de derechos humanos no se contempló una protección específica y detallada de los derechos de las mujeres en relación con conductas como la violencia o la discriminación. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos presentan referencias tangenciales a la igualdad entre hombres y mujeres sin hacer mención expresa de las situaciones de violencia contra la mujer[6].

Dicho panorama impulsó la creación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de

---

[6] Al respecto, pueden consultarse: (i) el Preámbulo y el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que se refieren a la igualdad entre los sexos, específicamente en relación con el matrimonio y la familia; (ii) los artículos 3 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los cuales se establece la igualdad de derechos civiles entre hombres y mujeres, así como su derecho a contraer matrimonio; y (iii) los artículos 6 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos abordan, respectivamente, la prohibición de “la trata de mujeres” y el derecho de todas las personas a contraer matrimonio.

la Mujer[7] (CEDAW, por su sigla en inglés) de 1979, con el fin de garantizar la igualdad real entre hombres y mujeres en el goce de sus derechos. A su vez, en el plano regional, en 1994 se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (conocida comúnmente como Convención de Belém do Pará)[8].

Este último instrumento internacional define la violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (artículo 1). Así mismo, contempla expresamente el derecho de todas las niñas y las mujeres a vivir una vida libre de violencia (artículo 3), lo cual incluye los derechos de cada una de ellas a (i) ser libre de toda forma de discriminación y (ii) "a ser valorada y educada libre de patrones y estereotipos de comportamiento y prácticas sociales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación" (artículo 6). De esta manera, los mencionados tratados internacionales han abierto la puerta para que los Estados refuercen la protección de los derechos humanos de las mujeres, con el fin de eliminar las condiciones de subordinación y desequilibrio a las que históricamente se han visto enfrentadas.

En el caso colombiano, tales obligaciones internacionales se han incorporado en el ordenamiento jurídico mediante el bloque de constitucionalidad, particularmente a través de la remisión normativa prevista por el artículo 93 de la Constitución Política.

---

[7] La CEDAW tuvo su origen en la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, creada a través de la resolución 11(II) del Consejo Económico y Social de la ONU el 21 de junio de 1946. Esta Comisión es uno de los principales órganos internacional dedicado a la promoción de la igualdad de género. A su vez, formuló la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, antecedente de la CEDAW.

[8] Esta Convención fue aprobada por Colombia a través de la Ley 248 de 1995.

En este sentido, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, previsto en la Convención de Belém do Pará, ha dado lugar a la creación de políticas públicas, modificaciones legislativas y mayores garantías para las mujeres en el sistema judicial del país. En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que esta garantía se deriva del propio catálogo de derechos consagrados en la Constitución de 1991, así como de los tratados internacionales de protección de derechos humanos, particularmente aquellos destinados a la protección de los derechos de las mujeres (Sentencia T-239, 2018).

1.2.4. La acción de tutela como mecanismo de protección ciudadana del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia

Como se expresó, con la consolidación de la acción de tutela como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales surgió la posibilidad de proteger otras garantías distintas de aquellas expresamente previstas en el texto constitucional. No obstante, la protección del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia a través de la acción de tutela es relativamente reciente, en la medida en que esta garantía no había sido reconocida en su carácter iusfundamental autónomo. Además, en un primer momento se consideraba que las acciones de tutela dirigidas a la protección de las mujeres que afrontaban situaciones de violencia eran improcedentes por regla general, por estimar que existían otros mecanismos judiciales para amparar los derechos de las víctimas de estos episodios (Sentencia T-282, 2002).

Pese a lo anterior, en los últimos años este panorama comenzó a modificarse. En este sentido, mediante una acción ciudadana que, en principio, está diseñada para ser simple y accesible para cualquier persona, se contribuyó a la posibilidad

de solucionar lo que equivocadamente se consideraba como un problema de la privacidad e intimidad del hogar, es decir, la violencia contra la mujer.

En efecto, en el caso del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, la acción de tutela ha sido un mecanismo decisivo para la protección de cientos de mujeres que se han visto discriminadas y cuyos derechos han sido vulnerados por el Estado o por los particulares. Al respecto, es importante señalar que son numerosos los contextos y las circunstancias en las cuales se produce violencia contra las mujeres. En tal sentido, en esta sección se abordarán los principales escenarios en los que la Corte Constitucional ha reconocido la protección de este derecho y que han significado un importante avance en esta materia.

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en el contexto familiar

En el ámbito familiar, la violencia contra la mujer responde a un contexto social que refuerza aquellas condiciones sexistas y discriminatorias basadas en la reproducción histórica de conductas asociadas al género (Rico, 1996). Dichos comportamientos son consecuencia de condiciones socioculturales que han posicionado a la mujer en situaciones de socialización diferencial, con lo cual la agresión y el maltrato en el hogar son producto del imaginario histórico de dominación, sumisión y desigualdad entre los sexos. Lo anterior pone en tela de juicio la idea de familia como institución social que proporciona seguridad, protección y afecto (Rico, 1996).

En este escenario, la acción de tutela es uno de los mecanismos que mejor protegen a las mujeres de aquellas situaciones relativas a la familia, la unidad doméstica y la violencia intrafamiliar, que pueden implicar una vulneración de sus

derechos fundamentales. Así, en 1994, el amparo constitucional ya era considerado por la Corte como un instrumento "idóneo, de carácter perentorio e inmediato para que cesen las conductas abusivas y los atropellos del cónyuge" (Sentencia T-382,1994). Sin embargo, en aquellas sentencias proferidas en los primeros años de la corporación, las bases para proteger a la mujer no responden a un enfoque de género, sino a una argumentación basada en el principio de dignidad humana y en la prohibición de las torturas y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes previstas por el artículo 12 Superior. Igualmente, la salvaguarda de los derechos de las mujeres se fundamentó en el reconocimiento de una situación de "indefensión y subordinación" de ellas respecto del cónyuge que habita bajo el mismo techo (Sentencia T-420, 1996).

En dicho momento, la protección de la mujer víctima de violencia en el ámbito doméstico se producía bajo la idea de "conservación de la familia", toda vez que el núcleo familiar era considerado prioritario, por lo que su unidad debía prevalecer y cualquier inconveniente o problema debía solucionarse "a puerta cerrada", salvo aquellas situaciones urgentes que implicaran un atentado contra la vida de sus integrantes (Sentencia T-382, 1994)[9].

A pesar de ello, estos intentos de la Corte de visibilizar el problema de la violencia contra la mujer se redujeron con la promulgación de la Ley 294 de 1994, pues dicha norma estableció un procedimiento especial en temas de violencia

[9] Al respecto, la Corte manifestó en la Sentencia T-382 de 1994: "La prioridad del núcleo familiar, como lo expresa la Constitución, hace que el Estado o la potestad civil, como autoridad, sólo penetre hasta la intimidad, en situaciones de extrema angustia, de alteración grave de los derechos mutuos de la pareja; el poder del Estado, entonces, se hará presente para proteger a la familia y restaurar el equilibrio quebrantado, buscando como objetivo la conservación de la familia".

intrafamiliar. En consecuencia, en la mayoría de los casos, dicho Tribunal adoptó la posición de declarar improcedente la acción de tutela cuando acudían a ella mujeres víctimas de estas conductas, salvo en aquellos casos excepcionales para efectos de hacer efectivas las medidas de protección (Sentencia T-608, 2001). No obstante, en 2005 la Corte determinó que la denominada violencia intrafamiliar implica distintas formas de agresiones físicas, psicológicas, sexuales, sociales o económicas, lo cual abrió nuevamente la posibilidad de amparar los contenidos propios del derecho a una vida libre de violencia mediante la acción de tutela, en la medida en que los procedimientos previstos por las normas legales no siempre resultan idóneos para afrontar las múltiples facetas que presenta este tipo de violencia (Sentencia C-674, 2005).

En razón de ello, la violencia de género, y en especial aquella producida en la familia, se ha considerado como un fenómeno estructural, pues, como lo destaca la Corte, "el hogar es el espacio más peligroso para las mujeres, ya que es en el seno de la familia en donde la violencia se revela con mayor intensidad, situación que se agrava por el secretismo que la envuelve"[10] (Sentencia T-878, 2014).

El reconocimiento de este contexto ha permitido que a través de la acción de tutela se hayan adoptado medidas como: (i) el desalojo del agresor que convive en el hogar con su víctima (Sentencia T-145, 2017); (ii) la práctica del interrogatorio a la mujer víctima de violencia intrafamiliar sin la presencia de su victimario, en un proceso de fijación de cuota de alimentos

---

[10] En la misma providencia la Corte afirma que "las emociones que evoca el hogar (amor, compañía mutua, satisfacción de necesidades básicas) hacen más complejo el proceso de victimización, ya que es muy difícil identificar el comienzo de la violencia" (Sentencia T-878 de 2014).

(Sentencia T-184, 2017); (iii) el traslado de la víctima a otro municipio distinto del que reside su agresor por razones de seguridad, con fundamento en la violencia intrafamiliar (Sentencia T-095, 2018); (iv) la posibilidad de obtener el divorcio con base en la causal consistente en maltrato psicológico, dado que esta se configura por celos del cónyuge (Sentencia T-967, 2014); (v) la protección de la mujer en situaciones de violencia económica, cuando su compañero utiliza su poder en este ámbito para controlar las decisiones y el proyecto de vida de su pareja (Sentencia T-012, 2016), entre otras.

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en el contexto del conflicto armado colombiano

En el marco del conflicto armado colombiano, las mujeres, durante más de cincuenta años, fueron víctimas de agresiones sexuales, despojo, desplazamiento forzado, tratos crueles, inhumanos y degradantes, tanto por parte de los actores armados ilegales como por la fuerza pública. En este sentido, la violencia contra la mujer constituyó una estrategia o mecanismo de los actores armados para controlar al enemigo y mantener el terror (Andrade Salazar, Alvis Barranco, Jimenes Ruíz, Redondo Marín & Rodríguez González, 2017). Aunado a lo anterior, situaciones como el desplazamiento forzado tienen un impacto desproporcionado en la vida de las mujeres, pues quedan expuestas en mayor grado a escenarios de explotación doméstica, informalidad laboral, desprotección en el derecho a la salud, violencia sexual y acceso limitado a la justicia (Céspedes-Báez, 2010).

En este escenario, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia ha sido amparado por la Corte Constitucional en el contexto del conflicto armado a través de las decisiones de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, en la cual se declaró

el estado de cosas inconstitucional (ECI) en materia de desplazamiento forzado. De este modo, en el Auto 092 de 2008 se reconoció que el impacto en la violencia de género en el conflicto armado fue desproporcionado y que el desplazamiento forzado es una situación de vulneración acentuada para los derechos de las mujeres. A través de este panorama, el derecho a una vida libre de violencia se ha protegido mediante el amparo de los principios axiales[11] del derecho internacional humanitario, por ser también las mujeres parte de la sociedad civil, así como a través de la identificación de los riesgos a los que están expuestas en el marco del conflicto armado colombiano en razón de su género[12].

En este orden de ideas, la Corte ha impuesto a las autoridades públicas el deber de emprender acciones diseñadas para atacar la violencia desplegada por el conflicto armado sobre la mujer (Sentencia T-496, 2018), que permitan "garantizar el más elevado socorro y protección, hasta tanto se compruebe

[11] Los mandatos referidos son: (i) el principio de distinción, que prohíbe los ataques dirigidos contra la población civil y los actos de violencia destinados a sembrar terror entre la población civil; y (ii) el principio de humanidad y de respeto por las garantías fundamentales del ser humano.

[12] Definidos en el Auto 092 de 2008 como: "(i) el riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado; (ii) el riesgo de explotación o esclavización para ejercer labores domésticas y roles considerados femeninos en una sociedad con rasgos patriarcales, por parte de los actores armados ilegales; (iii) el riesgo de reclutamiento forzado de sus hijos e hijas por los actores armados al margen de la ley, o de otro tipo de amenazas contra ellos, que se hace más grave cuando la mujer es cabeza de familia; (v) los riesgos derivados de su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres, o de sus labores de liderazgo y promoción de los derechos humanos en zonas afectadas por el conflicto armado; (vi) el riesgo de persecución y asesinato por las estrategias de control coercitivo del comportamiento público y privado de las personas que implementan los grupos armados ilegales en extensas áreas del territorio nacional; (vii) el riesgo por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o por la desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social" (Auto 092, 2008).

su autosuficiencia integral en condiciones de dignidad" (Sentencia T-834, 2014).

Igualmente, la acción de tutela ha reconocido el deber de garantizar el derecho a una vida libre de violencia a las defensoras de derechos humanos en el marco del conflicto armado. En 2012, la Corte reconoció que las defensoras gozan de una protección reforzada debido a la discriminación predominante a la cual se encuentran sometidas, dadas las condiciones derivadas de una sociedad patriarcal. En la misma sentencia, la Corte determinó que las mujeres víctimas de violencia sexual no solo son afectadas por hechos violentos, sino por situaciones de revictimización y victimización secundaria derivadas de su participación en procesos judiciales. Por tanto, reiteró el deber ético de las instituciones judiciales de minimizar el sufrimiento de las mujeres en tales procesos (Sentencia T-234, 2012).

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en el contexto laboral

En materia laboral, es sabido que las mujeres han debido luchar por su inclusión en espacios tradicionalmente ocupados por hombres, pues en razón de los estereotipos impuestos por la sociedad, la limitación de su acceso al mercado de trabajo se fundamentaba en el rol reproductivo y de cuidado de la mujer en la familia, con lo cual se subestimaban e invisibilizaban los trabajos propios del hogar (Sentencia T-243, 2018).

En la actualidad, si bien la mujer ha logrado acceder al mercado laboral, constantemente es víctima de actos y tratos discriminatorios constitutivos de violencia que en algunos casos se relacionan con su condición reproductiva, como sucede con el despido de las mujeres gestantes (Sentencia SU-075, 2018). A su vez, situaciones como el acoso sexual, entendido como "cualquier conducta sexual intencionada en la relación laboral,

que influya en las posibilidades de empleo, la permanencia, el desempeño y las condiciones o el ambiente de trabajo, y que despierte desagrado o rechazo en la víctima" (Rico, 1996), han permanecido constantemente en espacios laborales, lo cual constituye una forma de violencia en contra de la mujer.

La Corte Constitucional ha establecido que es deber de los empleadores luchar contra la violencia de género y apoyar a las mujeres que han sido víctimas de conductas constitutivas de violencia. De esta manera, ha destacado la responsabilidad del empleador en eventos como la desvinculación laboral cuando una mujer ha sido víctima de violencia, pues dicha situación puede incrementar el riesgo de que la persona sea manipulada por el agresor debido a su vulnerabilidad económica, e incluso llevarla a que desista de procesos judiciales. Por tanto, el trabajo, como parte de la vida social de la mujer, se configura como un espacio que puede impedir la reivindicación de sus derechos cuando se condiciona la permanencia de la mujer víctima de violencia en el ámbito laboral con el pretexto de que el abuso no puede afectar su desempeño o el ambiente en el espacio de trabajo. En tales eventos, el empleador tiene el deber de tomar medidas de protección[13] (Sentencia T-878, 2014).

Ahora bien, dado que la aquiescencia de un empleador ante una situación de violencia contra la mujer constituye un acto grave de discriminación, la acción de tutela puede ser el mecanismo idóneo para la protección y el restablecimiento de los derechos de la mujer a través de medidas como el reintegro laboral, las retribuciones económicas o los salarios dejados de

[13] Dichas medidas pueden ser la prohibición de ingreso del agresor al lugar de trabajo, el asesoramiento acerca de la ruta de atención de casos de violencia, incentivar la denuncia de los hechos y otorgar permisos para asistir a diligencias judiciales, citas psicológicas, etc.

percibir por motivo del hecho victimizante, e incluso un acto público de reparación. El juez constitucional ha dejado claro en su jurisprudencia el papel fundamental del empleador y los demás trabajadores frente a la mujer, por lo que ha reconocido expresamente que "la violencia como el acoso o el abuso sexual en el espacio laboral son formas de discriminación que el Estado no puede soportar bajo ninguna modalidad" (Sentencia T-239, 2018).

A su vez, la Corte ha reconocido y tutelado los derechos de aquellas personas que, en su lugar de trabajo, difunden discursos que promueven la protección de los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia y rechazan el acoso sexual, no solo por tratarse de la libre expresión de un interés público, sino porque cualquier sanción o despido implica un incumplimiento al deber del empleador de debida diligencia en la prevención, la investigación, la sanción y la erradicación de la violencia contra las mujeres (Sentencia T-239, 2018).

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha garantizado los derechos fundamentales de mujeres trabajadoras que, en razón de situaciones de violencia intrafamiliar, han solicitado su traslado a otras sedes de la misma entidad pública, pese a que dicha medida había sido negada por considerar que la amenaza carecía de conexidad con el desempeño de la víctima en su entorno profesional. Por el contrario, la Corte ha enfatizado que la dimensión laboral forma parte de los espacios en los cuales las mujeres deben gozar de la plenitud de sus derechos y deben poder ejercerlos sin ningún temor respecto a cualquier situación de violencia o discriminación, aun cuando esta sea originada en el entorno familiar (Sentencia T-095, 2018).

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en el contexto de las actuaciones judiciales y administrativas

Así mismo, a través de la acción de tutela, la Corte ha tomado una posición activa frente a la eliminación de estereotipos y conductas atribuidas a las mujeres por razones de género en el marco de las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas. A modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional ha hecho un análisis de las consecuencias negativas generadas en razón de las actitudes de funcionarios públicos en casos de violencia contra la mujer. En efecto, determinó que, en instancias judiciales, el uso discriminatorio del lenguaje constituye violencia contra la mujer y tiene como consecuencias:

> (i) las malinterpretaciones sobre la relevancia de los hechos; (ii) la normalización de prácticas sociales discriminatorias mediante el empleo de premisas implícitas en el razonamiento y lenguaje usados por todas las personas que administran justicia; y (iii) la imposición de una carga adicional sin fundamento constitucional a quienes son objeto de decisiones basadas en estereotipos por cuanto éstos últimos pueden reducir la probabilidad de responsabilizar a quienes eventualmente han desconocido sus derechos fundamentales (Sentencia T-643, 2013).

Igualmente, a través de acciones de tutela en contra de providencias judiciales, la Corte ha destacado la importancia de abordar la discriminación contra la mujer como un problema social que exige cambios estructurales en materia educativa, social, jurídica, policial y laboral. Particularmente en la administración de justicia, los funcionarios y entidades

no solo deben evitar el lenguaje discriminatorio, sino adecuar y flexibilizar procedimientos, como aquellos referidos al trámite probatorio, en procesos donde se denuncian situaciones de violencia.

En razón de lo anterior, la Corte ha reiterado la necesidad de adoptar una perspectiva de género en las decisiones proferidas tanto por autoridades administrativas como judiciales, la cual no es optativa en virtud de las obligaciones internacionales en la materia (Sentencia T-095, 2018). Dichas medidas tienen como propósito que, en todos los casos de violencia en contra de las mujeres, ellas obtengan respuestas conforme al enfoque de género, pues esta aproximación es la que considera adecuadamente su contexto y ofrece soluciones propias para su situación.

Por lo tanto, resulta indispensable que se verifique si la actuación del funcionario judicial o administrativo se fundamenta en estereotipos de género, lo cual contribuiría a la normalización e invisibilizaría la violencia en contra de la mujer (Sentencia T-338, 2018). En ese sentido, por ejemplo, el hecho de que una amenaza sea latente no implica que esta haya desaparecido, sino que debe ser un motivo suficiente para que el Estado cumpla su obligación de debida diligencia y de prevención respecto a la violencia contra la mujer (Sentencia T-095, 2018).

En ese sentido, la Corte Constitucional ha ordenado, para la garantía del derecho a una vida libre de violencia, acciones institucionales dirigidas a la protección de los derechos de la mujer. Por ejemplo, en la Sentencia T-338 de 2018, amparó los derechos fundamentales de una víctima de violencia intrafamiliar a la cual le fue impuesta una multa por haberse defendido de su agresor. En esta decisión, la Corte ordenó que se capacitara a todos los jueces de familia del país con el fin de fortalecer la creación de nuevos marcos interpretativos en

perspectiva de género que permitan la real y efectiva reconfiguración de patrones culturales y estereotipos de género discriminatorios (Sentencia T-338, 2018).

1.2.5. Conclusiones

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia es una garantía prevista en las normas internacionales que se encuentran incorporadas al ordenamiento jurídico colombiano mediante el bloque de constitucionalidad. Por ende, es susceptible de ser amparado a través de la acción de tutela en razón de su condición de derecho fundamental autónomo.

No obstante, no debe perderse de vista que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, razón por la cual existen otros mecanismos judiciales idóneos y efectivos que, en principio, desplazan al amparo constitucional e impiden la protección de este derecho de manera directa a través de este medio. Pese a lo anterior, en la mayoría de los casos analizados, la Corte Constitucional consideró que los medios jurisdiccionales ordinarios carecían de idoneidad y eficacia o, en muchos de los fallos estudiados, se trataba de tutelas contra providencias judiciales. Este último aspecto implica que el juez constitucional termina por hacer una labor de corrección de las decisiones de los jueces ordinarios cuando estas no consideran la perspectiva de género que debe aplicarse en las actuaciones judiciales.

Si bien son numerosos los espacios y contextos en los cuales el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia es vulnerado, este recuento breve de algunas situaciones respecto a las cuales se ha pronunciado la Corte Constitucional permite definir una radiografía de los avances jurisprudenciales en la materia. Sin duda, la acción de tutela representa la posibilidad

que tiene cualquier mujer o niña de activar el sistema judicial y obtener la salvaguarda de sus derechos, sin importar su grado de escolaridad, su posición social e incluso económica, por lo que la informalidad de sus requisitos permite que sea una vía de fácil acceso a la administración de justicia para las *víctimas* de violencia de género. Conviene anotar que la acción de tutela cuenta además con un instrumento altamente valioso para garantizar la vigencia de los derechos de las mujeres: las medidas provisionales que permiten al juez constitucional tomar decisiones con amplia discrecionalidad para proteger los intereses y garantías involucrados.

Por otra parte, es pertinente destacar que la Corte Constitucional, lejos de considerar que los casos de vulneración del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia son aislados, ha dado cuenta de la complejidad del fenómeno y de su carácter estructural, sistemático y generalizado. Por ello, en varios casos ha dictado órdenes generales (como la de capacitar a los jueces) o ha destacado el papel de la perspectiva de género como forma de aproximarse a los asuntos judiciales y administrativos. Así, ha señalado la Corte que

> […] una sociedad como la colombiana que se arraiga en estereotipos cuya piedra angular es el supuesto de la inferioridad de las mujeres no se cambia de la noche a la mañana. Aunque el cambio de patrones culturales es una tarea difícil, el primer paso lo deben dar los funcionarios encargados de generar confianza a las víctimas sobre la respuesta estatal ante la violencia (Sentencia T-878, 2014).

Así las cosas, la garantía efectiva del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia implica una actuación decisiva de todas las autoridades públicas e, incluso, de los particulares.

No obstante, es claro que la acción de tutela como mecanismo ciudadano de protección de derechos ha contribuido decididamente en esta tarea a través de la salvaguarda de un derecho fundamental que proviene del bloque de constitucionalidad y que ha originado importantes decisiones de la Corte Constitucional, las cuales han interpretado y definido el alcance de esta garantía.

Bibliografía

Andrade Salazar , J. A., Alvis Barranco, L., Jimenes Ruíz, L. K., Redondo Marín, M. P. & Rodríguez González , L. (2017). La vulnerabilidad de la mujer en la guerra y su papel en el posconflicto. *El Ágora USB, 17*(1), 290-308.

Arango Olaya, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente Revista Jurídica Universidad ICESI*, 79-102.

Cabana González, D. S. & Senior Serrano, S. (2018). La acción de tutela como mecanismo de protección del derecho al ambiente sano: de la tesis de la conexidad a la protección de la justicia ambiental. En G. A. Rodríguez, *Justicia ambiental en Colombia. Ejercicio participativo a través de las acciones constitucionales* (vol. II, pp. 61-88). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Cano Blandón, L. F. (2017). El principio de inmediatez de la acción de tutela: ¿una barrera para la protección judicial de los derechos fundamentales? *Entramado, 13*(1), 114-127. http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2017v13n1.25140

Céspedes-Báez, L.-M. (2010). La violencia sexual en contra de las mujeres como estrategia de despojo de tierras en el conflicto armado colombiano. *Estudios Socio-Jurídicos, 12*(2), 271-304.

Decreto Ley 2591 (1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. *Diario Oficial* nº 40.165.

Rico, M. N. (1996). *Violencia de género: un problema de derechos humanos.* Santiago de Chile: Cepal.

Suelt Cock, V. (2016). El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia. *Vniversitas, 65*(133), 301-382. https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.bcmi

Uprimny Yepes, R. (2001). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En D. O'Donnell, I. M. Uprimny & A. Villa (comp.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional* (pp. 97-154). Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Autos de la Corte Constitucional de Colombia

Auto 092 (2008).
Auto 601 (2017).
Auto 680 (2018).
Auto 312 (2018).

Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C-674 (2005).
Sentencia C-284 (2014).
Sentencia C-018 (2018).
Sentencia SU-961 (1999).
Sentencia SU-677 (2017).
Sentencia SU-075 (2018).
Sentencia T-002 (1992).

Sentencia T-382 (1994).
Sentencia T-420 (1996).
Sentencia T-608 (2001).
Sentencia T-282 (2002).
Sentencia T-222 (2005).
Sentencia T-809 (2009).
Sentencia T-1077 (2012).
Sentencia T-234 (2012).
Sentencia T-503 (2012).
Sentencia T-643 (2013).
Sentencia T-834 (2014).
Sentencia T-878 (2014).
Sentencia T-967 (2014).
Sentencia T-571 (2015).
Sentencia T-012 (2016).
Sentencia T-462 (2016).
Sentencia T-145 (2017).
Sentencia T-163 (2017).
Sentencia T-184 (2017).
Sentencia T-430 (2017).
Sentencia T-037 (2018).
Sentencia T-084 (2018).
Sentencia T-095 (2018).
Sentencia T-239 (2018).
Sentencia T-243 (2018).
Sentencia T-338 (2018).
Sentencia T-496 (2018).

Parte 2
Acción popular

2.1
Los derechos colectivos de los consumidores: una mirada a su justificación y a su defensa mediante las acciones populares*

David Hernández-Zambrano**
Yira López-Castro***

Resumen
Este texto propone una mirada general a la historia y la justificación de los derechos de los consumidores como derechos colectivos y una presentación

---

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación "Ciudadanía a crédito: ética, mercado y derechos sociales" que desarrollan los grupos de investigación Ética Aplicada, Trabajo y Cambio Social, y Derecho Privado de la Universidad del Rosario.

** Candidato a doctor de la Universidad de Tilburg. Filósofo y magíster en Filosofía de la Universidad del Rosario. Actualmente es *fellow* en el Centro de Formación en Ética y Ciudadanía (Phronimos) de la Universidad del Rosario. Investigador del Grupo Ética Aplicada, Trabajo y Cambio Social de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: david.hernandez@urosario.edu.co.

*** Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Contractual y Derecho Comercial. Doctora en Derecho de la Universidad del Rosario. Directora de la Especialización en Derecho Comercial y profesora de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia, en la cual ocupa el rol de coordinadora del Área de Derecho Comercial. Correo electrónico: yira.lopez@urosario.edu.co.

de su defensa a través de las acciones populares. El capítulo hace un recorrido por los inicios de la protección de los intereses de los individuos en cuanto consumidores, los cuales aparecen en Estados Unidos y Europa en la segunda mitad del siglo XX. Así, se muestra que el derecho del consumo aparece como una reacción al derecho privado liberal fundado en la igualdad formal. Respecto al panorama local, el capítulo presenta la regulación que precedió al reconocimiento constitucional de los derechos de los consumidores y las razones que llevaron al constituyente a categorizarlos como derechos colectivos. De esa forma, el texto analiza cómo la vulnerabilidad y la posición de inferioridad de los consumidores en las transacciones masivas que ocurren en el mercado son las características que hacen de los consumidores un colectivo con la legitimación para exigir una protección indivisible de sus derechos mediante la acción popular.

Palabras clave: consumidores, derecho del consumo, derechos de los consumidores, derechos colectivos, derechos subjetivos, acción popular.

2.1.1. Introducción

El objetivo general de este texto es presentar el surgimiento de los consumidores como un sujeto colectivo en las medidas regulatorias de protección contemporáneas, dada su condición intrínseca de vulnerabilidad en sus interacciones con otros agentes en el mercado. El surgimiento de este sujeto colectivo, atado a la promulgación de los derechos de los consumidores, suscita cuestionamientos tanto por su origen y justificación como por sus mecanismos de protección.

Así, este texto pretende responder por qué los derechos de los consumidores son derechos colectivos y cómo la acción popular opera para su defensa. Para abordar tales cuestiones, el capítulo reconstruye los principales argumentos utilizados

por la doctrina y en decisiones judiciales y legislativas, y a partir de ello resuelve las preguntas planteadas en dos partes: la primera analiza el fundamento del derecho del consumo y de los derechos de los consumidores como derechos colectivos y la segunda reflexiona sobre algunos asuntos relacionados con la acción popular como medida de protección de los derechos de los consumidores y la coexistencia de esta medida con otros instrumentos para la defensa de los derechos colectivos.

2.1.2. Los derechos de los consumidores y su caracterización como derechos colectivos

El porqué de los derechos de los consumidores

El derecho del consumo aparece en el panorama regulatorio local y global como un derecho de protección del consumidor bajo el presupuesto de su condición de debilidad cuando actúa en el mercado. Desde las últimas décadas del siglo XX se han venido dando cambios relevantes en las reglas que regulan los intercambios en el mercado, dada la preocupación por las asimetrías que se generan en las relaciones de mercado[1] y la posición que ocupa en estas el consumidor[2]. Así, suele explicarse que

---

[1] Con la expedición de estatutos que protegen al consumidor ocurre "un cambio radical en los principios que inspiran la regulación, pues el Código de Comercio se caracteriza por el reconocimiento a la autonomía privada y a la consecuente libertad de las partes para estipular lo que a bien tengan, sin que se establezcan reglas particulares de protección, en tanto que el estatuto de protección al consumidor se caracteriza por establecer reglas imperativas que buscan asegurar un equilibrio en la relación contractual" (Cárdenas, 2016, p. 9).

[2] En Colombia, según lo establece el Estatuto del Consumidor, un consumidor es aquel que "como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica" (artículo 5º de la Ley 1480 de 2011).

el derecho del consumo apareció como respuesta a la ruptura de un pilar del sistema capitalista clásico: la igualdad formal. Al respecto, Luis Roberto Wiesner explica cómo las dinámicas del libre mercado ponen a los consumidores en especiales circunstancias de vulnerabilidad respecto de otros actores del mercado:

> Al mercado no concurren iguales y no todos los que concurren tienen propiedad que negociar. Entonces, en ese marco distorsionado las personas contratan en situaciones de desigualdad, en reconocimiento de la inoperancia del principio de la autonomía de la voluntad, pues quien concurre al mercado en condiciones inferiores suele contratar, si no contra su voluntad, al menos sin ella, llevado por las circunstancias del mercado (Wiesner, 1986, p. 20)[3].

Por ello, el derecho del consumo aparece como la "especificación del nuevo principio de tutela de la parte débil" (Bianca, 2007, p. 415), lo que en la práctica exige la expedición de reglas especiales, diferentes a las del derecho privado común[4].

---

[3] Wiesner, en un maravilloso texto sobre sobre la sociedad de masas y el derecho privado, cita a Ripert, quien veía los fenómenos que ocurrían con la masificación contractual del siglo XIX así: "'El liberalismo se afirmaba a través de la libre conclusión de los contratos. El contrato permite cambiar productos y servicios y el derecho clásico lo considera justo porque es discutido y consentido por las partes. Pero esto supone, se dice igualdad de fuerzas y libertad de discusión. Si uno de los contratantes puede imponer su voluntad, si el otro está obligado por la necesidad a adherirse sin discutir, el contrato no es otra cosa que la ley del más fuerte. Si los empresarios capitalistas imponen sus condiciones a su clientela y a su personal, falsean la noción de contrato, tal como el Código Civil nos lo plantea' (Ripert, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, p. 54)" (Wiesner, 1986, p. 23).

[4] La identificación del consumidor con la parte débil obedece a una regla de la experiencia. Así, se considera que usualmente son débiles y merecen protección por "la posición de inferioridad o de debilidad que ordinariamente ocupan en el tráfico

En consecuencia, los derechos de los consumidores pueden verse como una reacción al derecho privado liberal que comprendía, bajo el manto de la igualdad formal, todas las relaciones contractuales entre particulares y que, dada su coincidencia con el capitalismo de los siglos XIX y XX[5], defendía la idea según la cual el derecho que regula a los particulares debe tener como finalidad permitir un movimiento incesante de mercancías en una sociedad de masas.

En este contexto, se suele ubicar el surgimiento del derecho del consumo como una solución a los inconvenientes que, en términos de justicia contractual[6], genera asumir que todos

---

mercantil y la asimetría que caracteriza sus relaciones jurídico-económicas" (Corte Suprema de Justicia, 2009).

[5] Luis Roberto Wiesner (1986) analiza la relación entre el derecho comercial y el capitalismo tanto liberal como industrial y la importancia de la igualdad formal, la propiedad privada y la libertad de contratación para lograr "una incesante rotación de mercancías": "A más de estar vinculada con la institución propiedad privada, la libertad de contratación está conectada con la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley. Esta vez es el principio conexo el que sirve al de la autonomía de la voluntad. Para que los contratantes se encuentren en un terreno neutro, para que además de estar apoyados en sus respectivos fueros internos que les permiten, teóricamente, elegir y contratar conscientemente, se requiere una igualdad formal, se necesita que la ley diga al menos que los contratantes tienen una misma dimensión, una misma fuerza. El principio que enuncia la igualdad de todos ante el derecho está dirigido a obtener tal resultado" (p. 20).

[6] Carlos Julio Giraldo (2014) analiza por qué el contrato es una situación de justicia: "El contrato es una situación de justicia porque en la relación que crea entre las partes se puede apreciar la justicia entre lo que se da y lo que se recibe, entre lo que se hace y su compensación, entre las cargas y los derechos que se generan. Por eso en una relación entre mercancía y precio, salario y trabajo, daño en indemnización, delito y castigo, se puede o no hablar de un precio justo, de un salario justo, de una indemnización justa o de una pena justa. En ese sentido, acciones, sujetos de acciones, normas y ordenamientos normativos solamente son objetos de juicios de justicia en cuanto se refieran a un dar o recibir, una exigencia o una negación; en otras palabras, a la distribución y compensación de bienes y cargas, y esto precisamente es el contenido de todo contrato" (p. 21).

los actores en el mercado se encuentran en las mismas condiciones de negociación, información y acceso a la justicia. La presuposición de la igualdad de las partes en las relaciones de consumo constituye una idealización de las circunstancias que las rodean y tiene como punto de partida la presunta imposibilidad de que las consecuencias de estos contratos sean injustas. Detrás de esta presunción yace la idea de que un contrato emana del ejercicio de la voluntad y la autonomía de las partes. Así, los resultados del contrato, siendo producto de la participación autónoma y voluntaria de las partes, aun cuando desventajosos para alguna de estas, no podrían ser considerados injustos. No obstante, la práctica ha refutado consistentemente estos presupuestos. Asimetrías de información, de distribución del riesgo y de acceso a la justicia dieron paso al reconocimiento de la necesidad de la creación de regulación para proteger al consumidor.

Es usual que se mencione como un primer antecedente de la protección de los consumidores el discurso pronunciado el 15 de marzo de 1962 por el presidente de Estados Unidos John F. Kennedy[7]. En el marco de los problemas generados por el consumo de talidomida en Estados Unidos, un medicamento recetado a embarazadas que generó malformaciones en los fetos, Kennedy exhortó al Congreso a expedir un primer paquete de leyes relativas a la protección del consumidor en los Estados Unidos (Tambussi, 2014, p. 95).

Posteriormente, en el ámbito europeo se expidió en 1975 un documento preliminar para la incorporación de una "política de protección e información de los consumidores" en el que estableció un modesto listado de derechos bajo el supuesto de que no puede considerarse al consumidor "únicamente

[7] Ver https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-protecting-the-consumer-interest

como un comprador o usuario de bienes y servicios […], sino como una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social, que como consumidor, le afectan directa o indirectamente" (Consejo de la Unión Europea, 1975)[8]. Posteriormente, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) expidió las Directrices para la Protección de los Consumidores, en las cuales insistió en la necesidad de que los gobiernos formulen una "política enérgica de protección al consumidor" que persiga la defensa de sus "necesidades legítimas"[9] (Resolución 32-248 del 9 de abril de 1985).

En 2016 se actualizaron las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor que habían sido expedidas por primera vez en 1985 con el objetivo de ofrecer

---

[8] En el programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores se señalan como derechos: "a) derecho a la protección de su salud y de su seguridad, b) derecho a la protección de sus intereses económicos, c) derecho a la reparación de los daños, d) derecho a la información y a la educación, e) derecho a la representación" (Consejo de la Unión Europea, 1975).

[9] Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes: "(a) La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad; (b) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; (c) El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual; (d) La educación del consumidor, incluida la educación sobre la repercusión ambiental social y económica que tienen las elecciones del consumidor; (e) La posibilidad de compensación efectiva al consumidor; (f) La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten; (g) La promoción de modalidades sostenibles de consumo; (h) La protección de los consumidores que acceden a los servicios financieros; (i) La protección de los consumidores en el comercio electrónico y móvil; (j) La protección de los valores fundamentales de consumidores de privacidad, libertades individuales y el libre flujo de información" (ONU, Resolución 32-248 del 9 de abril de 1985).

parámetros para que los Estados los adapten "a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales"[10]. Entre las necesidades de protección a los consumidores que las directrices buscan atender se encuentran: el acceso a bienes y servicios esenciales; la protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja; la promoción y la protección de sus intereses económicos; el acceso a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual; y la educación sobre las consecuencias ambientales, sociales y económicas que tienen sus elecciones (ONU, 2016).

En Colombia, el primer antecedente regulatorio que dio origen a la expedición de un estatuto especial es la Ley 73 de 1981, la cual le concedió al presidente de la república facultades extraordinarias para dictar normas dirigidas al control de la distribución y venta de bienes y servicios y la responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de estos[11]. La fragilidad del consumidor fue la razón por la cual se expidió el primer antecedente legislativo en materia de consumo en Colombia[12]. En efecto, según lo recordó la Corte Suprema de

---

[10] Las directrices fueron aprobadas por la Asamblea General en 1985 (resolución 39/248 del 16 de abril), ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7 de 1999 (26 de julio de 1999) y revisadas nuevamente mediante la resolución 70/186 del 22 de diciembre de 2015.

[11] La Ley 73 de 1981 "por la cual el Estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor" concedió tales facultades extraordinarias al presidente por el término de 12 meses.

[12] Sobre las razones de los primeros esfuerzos legislativos en materia de consumo, señaló la Corte Constitucional: "La noción legal inicial incluía como consumidor a toda 'persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades', enfoque amplio que, de acuerdo con los conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio y los pronunciamientos de la justicia ordinaria,

Justicia, en el trámite del proyecto de ley que se convertiría en la Ley 73 de 1981 se indicó que el Estado debe defender al consumidor considerando que:

> "[…] la sociedad actual básicamente se divide entre expendedores y proveedores, por un lado y, por el otro, los consumidores que constituyen la inmensa mayoría de la Nación. El control de los primeros y la defensa de los segundos, debe ser uno de los objetivos fundamentales del Estado actual, si se quiere sinceramente conseguir una sociedad menos injusta, menos subyugante, en donde los abismos de desigualdad que la invaden comiencen a hallar frenos y remedios con una legislación efectiva y vigorosa. […]
>
> Hay un vasto clamor ciudadano, de muchos años atrás, pidiendo al Estado una legislación fuerte que proteja a los consumidores de la indolente y creciente sed de riquezas de los dueños de bienes y servicios […]. Es evidente que el Estado no debe estar ausente en la regulación de los precios del mercado, en su control y especialmente, en la defensa del consumidor, que es el extremo más débil de la relación (Historia de las Leyes, Tomo IV, legislatura 1981, págs. 228-251)" (Citado en Corte Suprema de Justicia, 2005).

Las facultades que la Ley 73 de 1981 entregó al presidente de la república incluían la expedición de normas sustantivas y de procedimiento para asegurar al consumidor el cumplimiento de las cláusulas especiales de garantía y la indemnización de los perjuicios causados por los expendedores y

---

conllevaba 'desequilibrio' en la relación de consumo, sin mirar en sí la naturaleza y los fines perseguidos por las partes" (Sentencia C-909 de 2012).

proveedores, lo mismo que el establecimiento de condiciones para la venta de bienes mediante sistemas de financiación. Se trataba de normas generales de orden público que debían ser desarrolladas por decretos. Y fue así como se expidió el Decreto Ley 3466 de 1982, que fue uno de los pioneros en la regulación de protección a los consumidores en Latinoamérica[13]. Este decreto marcó el "inicio de una disciplina de protección al consumidor" (Chamie, 2013, p. 120) al incorporar un régimen diferente al consagrado en el Código de Comercio de 1971.

El decreto, conocido como el Estatuto del Consumidor, se ocupó de manera general de la calidad de los bienes y servicios, la garantía mínima presunta, el uso de las marcas, leyendas y propagandas, la fijación de precios, las sanciones administrativas a productores y expendedores y la responsabilidad por productos defectuosos y asignó algunas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta regulación colombiana en materia de consumo se acercó a los ciudadanos como sujetos económicos en desventaja y surgió de la iniciativa

[13] Colombia, después de Venezuela y México, fue uno de los primeros países latinoamericanos que incluyó normas de protección de los consumidores. Venezuela promulgó el 5 de diciembre de 1974, la "Ley para la protección del consumidor" y el 18 de diciembre de 1978 se expidió la "Ley federal de México sobre protección del consumidor". Las primeras regulaciones en países como Chile, Uruguay y Argentina solo comenzaron en los años noventa: "La instalación de la protección del consumidor fue tardía, más lenta y emergió como parte de los procesos de reforma del Estado (vinculados al retorno o consolidación de la democracia) y de transformaciones económicas (liberalización comercial, privatizaciones), y no por influencia de la ciudadanía. Si bien en Argentina existen antecedentes de un intento previo de parte del Estado por generar institucionalidad de Protección del Consumidor (en 1964 se otorga a la Dirección de Abastecimiento la realización de estudios de mercado en Defensa del Consumidor) no es sino hasta la década del 90 en que se incorporan los derechos del consumidor a la agenda política y se crea una legislación atingente al tema" (Manzano, 2008, p. 4).

estatal. Ello diferencia ese proceso de creación normativa de otros como el brasilero, en el que la regulación surgió por la presión de los ciudadanos[14].

Los derechos de los consumidores como derechos colectivos

La Constitución colombiana le otorgó rango constitucional a los derechos de los consumidores, los cuales fueron incluidos como derechos colectivos. La protección a los consumidores en virtud de su vulnerabilidad con respecto a los productores y los comerciantes se consagra en el primer artículo del capítulo de la Constitución dedicado a los derechos colectivos y del ambiente (artículo 78). Sin embargo, su aparición como derecho colectivo parece atender más a una necesidad legal de categorización de individuos con una vulnerabilidad compartida que a la idea de grupo social coordinado al que tradicionalmente se asocian los derechos colectivos.

El artículo 78 consagró "los contenidos esenciales de los derechos de consumidores y usuarios" (Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 2014) y le encargó al legislador la regulación sobre la calidad de los bienes y servicios que les

---

[14] Manzano Chávez (2008), en un estudio comparado sobre el derecho del consumo en países suramericanos, explicó ese surgimiento indicando que a inicios de los setenta en Brasil "movimientos espontáneos de la ciudadanía comenzaron a presionar por el reconocimiento de sus derechos como consumidores" (p. 4). Este estudio señala que los consumidores se organizaron en asociaciones cuyas actuaciones tuvieron gran impacto en la protección de los derechos. Ese activismo de los consumidores como actores relevantes en la definición de las nacientes reglas de protección es, para ese momento, extraño en otros países como Colombia, en el que las reglas especiales para la protección de los consumidores surgen como resultado de los cambios económicos en la producción de algunos bienes básicos. Manzano menciona como ejemplos de estos países en los que el derecho del consumo no es producto de los reclamos de los consumidores a Chile, Uruguay y Argentina.

sean prestados[15]. También estableció que el legislador debe regular la información que les es entregada a los consumidores y la responsabilidad de los productores y comercializadores. Finalmente, la norma consagró un mandato de participación de las organizaciones de consumidores en el estudio de las disposiciones que les conciernen. De esa forma, la Constitución se refiere a la necesidad de crear instrumentos sustanciales y procesales para la protección de los consumidores[16].

Al analizar las razones por las cuales el constituyente incluyó al consumidor en la Constitución, la Corte indicó que con el reconocimiento de una protección especial a este sujeto se busca "avanzar sostenidamente el ideario de igualdad sustancial inherente al Estado social de derecho" (Sentencia C-1141 de 2000[17]). De esa forma, el esquema de protección

---

[15] Según este artículo de la Constitución, "La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos".

[16] Según la Corte, esa protección especial se manifiesta en que la Constitución "prevé mandatos particulares, relativos tanto a aspectos prescriptivo-sancionatorios, como de participación" (Sentencia C-749 de 2009).

[17] La Sentencia C-1141 de 2000 estudió la responsabilidad de los proveedores, los expendedores y los productores frente a la garantía mínima presunta contenida en una norma que ya no se encuentra vigente, pues hacía parte del derogado Estatuto del Consumidor. Sin embargo, la sentencia sigue siendo relevante para comprender la visión constitucional del derecho del consumo. Esta sentencia es una de las primeras y más completas decisiones que han analizado las características del derecho del consumo y ha sido utilizada como precedente en otras importantes decisiones que se han referido a asuntos de derechos del consumo. Así, ha sido el precedente de, al

especial al consumidor es una de las consecuencias de una economía de mercado constitucionalizada (Correa, 2008).

La Asamblea Nacional Constituyente consideró que la debilidad de los consumidores en el mercado justificaba la inclusión de los derechos de los consumidores dentro del catálogo de derechos humanos en la Constitución:

> Los consumidores y usuarios han tenido una condición de inferioridad manifiesta ante los productores y comerciantes. Frente a esta situación [...], el artículo que recomendamos consagra expresamente la intervención del poder público a favor de los consumidores y usuarios para hacer efectivos sus derechos a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento y para protegerlos también contra todo indebido aprovechamiento de sus condiciones de indefensión o subordinación (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

La Corte Constitucional ha señalado que el reconocimiento de la desigualdad de las partes en una relación contractual materializa el tránsito de una concepción liberal a un Estado social, pues reconoce que la idea de la "absoluta libertad de negociación entre consumidor y productor o distribuidor de bienes, o prestador de servicios, es una situación ficta en la gran mayoría de los casos en que dicha relación se presenta" (Sentencia C-133 de 2014). La introducción de normas de protección a los consumidores implicaría un "cambio cualitativo" en las formas de comprensión de las relaciones privadas

menos, estas decisiones: T-466 de 2003, T-145 de 2004, C-592 de 2012, C-909 de 2012, C-313 de 2013, C-133 de 2014, C-583 de 2015.

al reconocer "las hondas desigualdades inmanentes al mercado y al consumo" (Sentencia C-749 de 2009).

La fragilidad del consumidor puede ser explicada porque los empresarios y los consumidores persiguen finalidades diferentes cuando actúan en el mercado, pues mientras los primeros buscan una utilidad económica, los segundos buscan satisfacer necesidades con bienes asequibles y de calidad. Usualmente se señala que esa desigualdad se acentúa ante la aplicación de reglas pensadas para relaciones civiles y comerciales creadas bajo el supuesto de que las partes tienen capacidades económicas, información y poderes de negociación equilibrados[18].

Al emanar de una constitución liberal como la colombiana, parece problemático que los derechos de los consumidores, que pueden ser entendidos como sujetos que, movidos por sus intereses individuales, crean o se vinculan a relaciones de mercado, se entiendan como una cuestión colectiva y no como la protección del interés individual de tranzar y consumir en condiciones de igualdad con los demás participantes en el mercado. Como se mencionó en la sección anterior, el derecho del consumo emana de la preocupación por las desigualdades entre, por un lado, productores y comercializadores y, por otro lado, los consumidores, donde los primeros ponen

---

[18] La justificación usual al régimen de protección de los consumidores está atada a la desigualdad abstracta de las partes. Ante las críticas por la indeterminación de los factores que configuran la asimetría de los consumidores frente a los productores y expendedores, las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas (2016) muestran importantes avances al identificar el tipo de asimetrías que explican que la situación de desventaja del consumidor sea estructural y se manifieste en: (i) la capacidad económica del consumidor; (ii) la ausencia de conocimiento sobre el producto o servicio que ofrece el mercado y (iii) el escaso poder de negociación de los consumidores frente a los productores de bienes y servicios.

a estos últimos en una situación de desventaja que limita, y en ocasiones imposibilita, el ejercicio de su autonomía. Y aunque los consumidores como grupo no sostienen una relación de identidad, no actúan de manera coordinada y no exhiben patrones de interacción social entre ellos, reciben una protección constitucional en cuanto colectivo.

A diferencia de colectivos como las comunidades lingüísticas o culturales, que se constituyen como grupo desde dentro, es decir, desde sus relaciones como comunidad y desde la necesidad de la existencia del grupo para configurarse como sujetos de derechos, los consumidores se configuran desde fuera, se agrupan en una categoría para ser reconocidos y protegidos por el Estado. Esta configuración desde fuera del colectivo sigue las mismas transformaciones en la representación que las relaciones sociales presentadas por Wiesner. La fundamentación de los cambios regulatorios que se vienen dando en materia de consumo (desde los años sesenta en otros países y desde los ochenta en Colombia) está basada en la reconsideración del alcance de las libertades que *de facto* tienen los participantes en una sociedad de mercado y de su condición de individuos libres e iguales que actúan motivados por sus intereses individuales y se asocian solo en virtud del ejercicio de su autonomía.

En la práctica, los individuos se hallan inmersos en grupos sociales y económicos de manera involuntaria, en los que la pertenencia o membresía se ve afirmada por los riesgos y daños que esta supone para sus miembros. En otras palabras, el funcionamiento del sistema económico, legal y político genera posiciones sociales en las que los individuos pueden padecer vulnerabilidades dada su pertenencia a dicho grupo. Así, teniendo en cuenta que los consumidores afrontan riesgos como la publicidad engañosa o las cláusulas abusivas,

y que afrontan estos riesgos en virtud de su condición de consumidores, se configura una agregación de estos sujetos y se crean los derechos colectivos de los consumidores sin que esta agregación de sujetos configure derechos diferentes a los que tendría cada uno de los individuos por separado.

Los derechos colectivos de los consumidores se configuran entonces como medio para la protección, el reconocimiento y la participación de esta categoría de personas. Bien sea desde iniciativas de los consumidores, como en Brasil, o por decisión del Estado, como en Colombia, la preocupación por la justicia contractual genera la necesidad de configurar la categoría de consumidor como sujeto colectivo de derechos aun cuando, conceptualmente, más que una colectividad se trate de la agregación de individuos con vulnerabilidades comunes en su rol como participantes en el mercado.

2.1.3. La protección judicial de los derechos de los consumidores

La acción popular como el mecanismo constitucional de defensa de los consumidores

La categorización de los derechos de los consumidores como derechos colectivos tiene implicaciones en la identificación de los medios procesales para su protección. Lo anterior se debe a que la Constitución vinculó la naturaleza de los derechos con los instrumentos para su exigibilidad y en ese sentido dispuso que, si se trata de derechos colectivos, el mecanismo de protección judicial es la acción popular (artículo 88 de la Constitución).

Ahora bien, aunque el artículo 88 de la Constitución, ubicado en el capítulo sobre la protección y aplicación de los derechos, al mencionar los derechos susceptibles de protección mediante acciones populares no incluyó a los derechos de los

consumidores[19], existen fundamentos (i) constitucionales y (ii) legales para afirmar que los consumidores sí pueden solicitar la protección directa de sus derechos mediante esta acción.

(i) Las razones constitucionales están dadas no solo por la inclusión de los consumidores en el capítulo de derechos colectivos, sino también porque la protección indivisible de esta agregación de sujetos es una de las bases del sistema económico escogido por el Constituyente, el cual es, según la Corte Constitucional, el modelo de economía social de mercado. Este modelo social de mercado se caracteriza por: a) reconocer derechos y libertades económicas individuales como la propiedad privada, la libertad de empresa, la iniciativa privada y derechos colectivos como la libre competencia económica y b) establecer que tales libertades pueden ser limitadas razonable y proporcionalmente "con el propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general" (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010). Desde esta perspectiva, los derechos de los consumidores son precisamente uno de los fines de protección del interés general que sirven de contención para equilibrar tales libertades económicas. Así, si bien los empresarios, los productores, los distribuidores y los comercializadores son titulares de las libertades económicas que les permiten iniciar una actividad empresarial, organizarla y ofrecer productos y servicios a los consumidores, son también responsables frente a estos en relación con la información, la

[19] El artículo 88 de la Constitución señala: "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella".

publicidad, las garantías de calidad e idoneidad de los productos y servicios, la protección frente a productos defectuosos, cláusulas y prácticas abusivas, etc.

Así, aunque la Constitución no mencione como supuesto de aplicación de las acciones populares a los derechos de los consumidores, mención que sí hace con la libre competencia económica, los derechos que envuelven las relaciones anónimas de los sujetos que adquieren bienes y servicios sirven de límite a las actuaciones de quienes ofrecen productos en el mercado. En consecuencia, considerar los intereses generales de los consumidores como supuestos de aplicación de las acciones populares tiene sentido en términos del fundamento mismo del modelo económico del país.

(ii) Además del fundamento constitucional relacionado con la protección de los consumidores como uno de los pilares del modelo económico, la Ley 472 de 1998, al desarrollar el trámite especial para las acciones populares[20], incluyó los derechos

[20] Aunque la Ley 472 regula el trámite especial de las acciones populares, los aspectos no regulados por esta ley se someten a las reglas del Código General del Proceso (artículo 44 de la Ley 472 de 1998). Tal remisión ha generado varias controversias respecto a la aplicación de figuras propias del ordenamiento procesal civil al trámite de las acciones populares. Por ejemplo, un tema altamente debatido ha sido el de la aplicación de la figura del desistimiento tácito. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en los fallos STC20192-2017 y STC8356-2018 acogió la postura según la cual el desistimiento tácito sí era aplicable al trámite de las acciones populares, siguiendo la remisión general que la Ley 472 hace a las normas procesales civiles. Tal postura fue modificada en la tutela STC14483-2018 (7 de nov., rad. 2018-00755-01), en la cual se consideró que el desistimiento tácito no era aplicable "en sentido genérico" al trámite de las acciones populares. Esta última posición fue aclarada en Sentencia de tutela STC322-2019, en la cual se indicó que la posición de la Corte establecida en la STC14483-2018 solo se aplica a decisiones expedidas con posterioridad a esa decisión. Así, las acciones populares terminadas por autos que declararon el desistimiento tácito con base en la primera posición de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia no podrán ser revividas mediante acciones de tutela.

de los consumidores y usuarios como un ejemplo de derechos colectivos (literal n, artículo 4). Al analizar la inclusión legal de los derechos de los consumidores como derechos colectivos, el Consejo de Estado ha considerado que los derechos a los que hace referencia la Ley 472 no son únicamente los mencionados en el artículo 78 de la Constitución, sino que también se incluyen los derechos que han sido desarrollados legalmente. En efecto, el Consejo de Estado indicó en una sentencia que resolvió una acción popular relacionada con publicidad engañosa, y refiriéndose a los derechos incluidos en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 del 2011), que: "El desconocimiento de estas reglas y de todas aquellas estatuidas en aras de proteger a este grupo conlleva una afectación del derecho colectivo proclamado por el literal n) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 susceptible de ser amparado en sede de acción popular" (Consejo de Estado, 15 de mayo de 2014).

De esa forma, el catálogo de derechos colectivos de los consumidores incluye no solo el contenido esencial mencionado por la Constitución en el artículo 78, sino también el listado de derechos que es desarrollado por el legislador, el cual ha optado por expedir un estatuto general acompañado de regulaciones sectoriales para la defensa de los consumidores de ciertos bienes y servicios. De esa forma, si bien el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) pretende abarcar de manera general todas las relaciones de consumo[21], se han expedido regulaciones en materia de servicios públicos (Ley 142 de 1994), crédito hipotecario (Ley 547

---

[21] El artículo 2º del Estatuto dejó sentada esa pretensión de generalidad al indicar que "Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley".

de 1999), consumidores financieros (Ley 1328 de 2009), turismo (Ley 300 de 1993), salud (Ley 1751 de 2015) y compradores de vivienda (Ley 1796 de 2016). La regulación general y las especiales han sido autónomas de los códigos de derecho privado y ello, que podría creerse algo meramente técnico, ha generado consecuencias prácticas al extender los supuestos de procedencia de la acción popular frente a los intereses de los consumidores en diferentes sectores económicos.

Así las cosas, la Ley 472 de 1998, lejos de ser solo una norma que establece las reglas procesales especiales para el ejercicio de los derechos colectivos[22], ha permitido que se entienda que los derechos de los consumidores y los usuarios no son únicamente los mencionados en el artículo 78 de la Constitución. En consecuencia, al menos desde una perspectiva formal, la Ley 472 de 1998 expande, más allá de las puntualidades constitucionales, los supuestos que permiten dan lugar a la utilización de las acciones populares, incluyendo el minucioso listado de derechos que se encuentran dispersos en las regulaciones especiales de la ley colombiana.

La coexistencia de las acciones populares con otros mecanismos de protección colectiva

Debido a la fundamentación constitucional y legal explicada en la sección anterior, las acciones populares son consideradas

---

[22] Indudablemente, la eficacia de las acciones populares depende en buena medida de la existencia de normas procesales especiales. Es por eso que la Ley 472 le dio "al juez facultades y medios instrumentales tendientes a lograr la finalidad que ellas persiguen, de garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, como son la oficiosidad en la actuación, la potestad y deber de darle prevalencia a lo sustancial y preferencia para su trámite, subsidiariedad en la aplicación de normas procesales, y discrecionalidad para adoptar medidas cautelares, entre otros" (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 1º de septiembre de 2005).

como "los medios procesales idóneos para asegurar la protección de los derechos e intereses colectivos" (Consejo de Estado, 1º de agosto de 2002). Sin embargo, esto no significa que sean los únicos instrumentos procesales de protección colectiva. Tanto (i) las investigaciones administrativas sancionatorias como (ii) la acción de tutela se muestran en la actualidad como mecanismos con capacidad de proteger de manera general y simultánea con las acciones populares los intereses difusos de los consumidores. Revisemos estos dos mecanismos de protección y analicemos la posibilidad de que los consumidores puedan adelantarlos paralelamente con la acción popular.

(i) Las facultades para realizar investigaciones administrativas en contra de fabricantes, productores, proveedores, distribuidores y anunciantes se encuentran en cabeza de entidades con funciones de inspección, vigilancia y control. Así, en desarrollo de las funciones de intervención del Estado en la economía (artículo 334 de la Constitución Política), el legislador le ha asignado a algunas entidades como la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia Financiera de Colombia, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Aeronáutica Civil y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima) la posibilidad de llevar a cabo investigaciones administrativas con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas a las que se encuentran sometidos quienes prestan bienes y servicios al mercado en diversos sectores de la economía. Tales procedimientos administrativos podrían ser simultáneamente procedentes con las acciones populares, incluso cuando se trata del análisis de los mismos hechos.

Así, por ejemplo, al resolver una acción popular relacionada con el contenido de una bebida para el consumo humano, el Consejo de Estado consideró que tal acción era procedente

paralelamente con las investigaciones sancionatorias administrativas que adelanta el Invima. Así, indicó:

> [A] diferencia de lo reglado en materia de acciones de tutela y de cumplimiento, cuya procedencia, dado el criterio de subsidiariedad sobre el cual se edifica su régimen, está condicionada a que no existan otros mecanismos de defensa judicial, la procedencia de la acción popular no se encuentra supeditada a esta condición. La forma genérica e incondicionada como el artículo 9 de la Ley 472 de 1998 regula esta materia y el entendimiento que ha dado la jurisprudencia al régimen de esta acción permiten afirmar lo anterior (Consejo de Estado, 15 de mayo de 2014).

Esta posición sobre la posibilidad de que se adelanten simultáneamente investigaciones administrativas con las acciones populares se explica por la relevancia social y el carácter difuso de los derechos colectivos que legitima a cualquier persona a exigir la protección de un interés colectivo, sin que tal legitimación se pueda ver afectada por el desarrollo de investigaciones administrativas sancionatorias.

(ii) Además de la consideración de los consumidores como un colectivo con derechos indivisibles y difusos, los derechos de los consumidores tienen una importante dimensión subjetiva que puede exigirse mediante diferentes canales judiciales y administrativos previstos por la regulación especial en materia de derecho del consumo. Ahora bien, una consecuencia importante derivada de la consideración de que los mecanismos procesales para el ejercicio individual y colectivo de los derechos de los consumidores que tienen por objeto la protección de diferentes bienes jurídicos es que la acción popular es compatible con los reclamos que realicen los consumidores

individualmente con base en las mismas circunstancias. En otras palabras, aunque los diferentes mecanismos procesales protegen diferentes bienes jurídicos, estos pueden ser activados frente a los mismos hechos.

Ahora bien, frente al ejercicio de la acción de tutela, un caso paradigmático resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-543 de 2017 ha generado debates sobre la posibilidad de defender la faceta colectiva de los derechos de los consumidores mediante la acción de tutela. El punto de desacuerdo sobre la defensa de los derechos de los consumidores por medio de la tutela es que esta acción está diseñada originalmente para la protección de derechos fundamentales (que en la Constitución colombiana son subjetivos) y puede ser invocada únicamente por el titular del derecho o por la entidad o las personas legitimadas para ello. En el caso de los derechos colectivos, que no aparecen dentro del listado de los derechos fundamentales dada la división de los derechos en tres diferentes categorías, su defensa puede demandarse sin necesidad de invocar una especial titularidad.

En la Sentencia T-543 de 2017, la Corte Constitucional analizó la legitimación de un grupo de ciudadanos para interponer una acción de tutela en contra de una resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio que prohibía a una asociación de consumidores la transmisión de información relacionada con los efectos del consumo de bebidas azucaradas en la salud de las personas[23]. La sentencia de primera instancia declaró improcedente la tutela al considerar que el acceso a la información de los consumidores es un derecho

[23] Mediante la Resolución 59176 del 7 de septiembre de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó "el cese de difusión de un mensaje publicitario hasta tanto no se someta a control previo".

colectivo, "cuya protección debía ejercerse con otros medios ordinarios para la protección colectiva o a través de la acción contenciosa". La Corte Suprema de Justicia, al resolver la segunda instancia de la acción de tutela, y la Corte Constitucional, en sede de revisión, consideraron que la acción de tutela era procedente.

La Corte Constitucional explicó que el derecho a la información de los consumidores tiene una faceta social y una subjetiva, y que una decisión estatal relacionada con la información de los productos alimenticios afecta a todos los consumidores y ello incluye a los ciudadanos accionantes, quienes

> [S]i bien no son representantes de la totalidad de los consumidores de bebidas azucaradas del país —exigencia que se tornaría desproporcionada dada la dificultad fáctica para acreditar tal calidad—, hacen parte de organizaciones de la sociedad civil que manejan temas relacionados con los asuntos tratados en la Resolución 59176 de 2016, quienes además fueron claros al indicar que actuaban en nombre propio como titulares del derecho a recibir información (Sentencia T-543-17 de 2016).

La sentencia contó con el salvamento del magistrado Carlos Bernal Pulido, quien hizo una fuerte crítica a la legitimación de los consumidores y a la utilización de la acción de tutela para proteger la dimensión social del derecho a la información:

> Ocurre que la sentencia fundamenta el desconocimiento del derecho a la información por parte de la Resolución de la SIC en que por medio de ella se le impide a la sociedad y a los consumidores conocer la información —que sería la

> órbita social— a la par que pretende tutelar la órbita individual del derecho para efectos de poderlo circunscribir a la competencia del juez de tutela. Tal apreciación contraría la naturaleza del derecho colectivo, que justamente es en esencia inapropiable, aun para efectos de lograr su protección en sede judicial.
> Ocurre que estamos claramente ante un derecho colectivo, cual es el de los consumidores. Por ende, éste cuenta con un mecanismo idóneo para su protección: la acción popular. Así, la acción de tutela no estaría llamada a prosperar por no cumplirse con el requisito de subsidiariedad (Sentencia T-543 de 2017, S. V. Bernal).

Así las cosas, esta sentencia es una muestra de la problemática que resulta de la conexión entre la naturaleza de los derechos y los mecanismos para hacerlos exigibles. En materia de derechos de los consumidores, su agregación en un colectivo, a fin de proteger su vulnerabilidad compartida y su reconocimiento ante el sistema jurídico, entra en conflicto con los mecanismos procesales que determinan la legitimación para invocar la protección de los derechos. Así, la acción de tutela y la acción popular, como mecanismos constitucionales de protección de los derechos, entran en conflicto cuando la urgencia de la defensa de los derechos colectivos lleva a la proposición de la tutela como medio para proteger la agregación de los derechos de los consumidores que, en cuanto derechos colectivos, serían solamente competencia del juez de acción popular.

2.1.4. Conclusiones

La asimetría en términos de información y de poder de negociación, como característica común del colectivo conformado

por los consumidores, determina una protección indivisible de sus derechos mediante la herramienta procesal que la Constitución previó para la defensa de los derechos colectivos: la acción popular. Con la intención de compensar los desequilibrios del mercado protegiendo a los más débiles, la Constitución reconoció al agregado de los intereses de los consumidores como un derecho colectivo pensando en la protección generalizada de las masivas y anónimas transacciones del mercado.

La Constitución vinculó una categoría sustantiva a una procesal al establecer que la naturaleza de los derechos determina los instrumentos para su protección, que en el caso de los derechos de los consumidores, siendo derechos colectivos, sería la acción popular. A su vez, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-543 de 2017, vinculó la tutela, en cuanto mecanismo procesal para la protección de derechos, con los derechos colectivos, como categoría sustantiva, reavivando el debate sobre la justificación y la categorización de los derechos de los consumidores como derechos colectivos.

La condición de vulnerabilidad de los individuos, independientemente de su voluntad, los ha unido en su susceptibilidad a los riesgos de la publicidad engañosa, los productos defectuosos e inseguros, las cláusulas y prácticas abusivas y, anteriormente, a la falta de reconocimiento como sujetos urgidos de defensa legal. Esto ha llevado al sistema jurídico colombiano a formar mecanismos de protección, bajo el entendido de que los derechos de los consumidores son derechos a la vez de cada uno y de todos, que obligan a repensar, en textos como el que acá les presentamos, la conexión entre la idoneidad de los mecanismos de protección, su efectividad y su sustento legal y teórico.

Bibliografía

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Informe de Ponencia sobre derechos colectivos. *Gaceta Constitucional* nº 46.

Bianca, M. (2007). *Derecho civil III. El contrato*. Traducido por F. Hinestrosa y E. Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cárdenas Mejía, J. P. (2016). Derecho comercial en el siglo XXI. Presente y futuro. En J. Cárdenas, J. Calderón & Y. López (Comp.), *Derecho Comercial. Cuestiones fundamentales* (pp. 5-27). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario y Legis.

Consejo de la Unión Europea (1975). Resolución del Consejo del 14 de abril de 1975 relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* nº C 92/16.

Chamie, J. (2013). Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor. *Revista de Derecho Privado, 24*, 115-132.

Correa Henao, M. (2008). *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Giraldo Bustamante, C. J. (2014). *El contrato y la justicia: una relación permanente y compleja*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Kennedy, J. F. (15 de marzo de 1962). *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*. Recuperado de https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-protecting-the-consumer-interest.

Manzano Chávez, L. (2008). *Defensa del consumidor. Análisis comparado de los casos de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay*. Santiago de Chile: Friedrich Ebert Stiftung.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2003). Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor. Nueva York: ONU.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2016). Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor. Nueva York y Ginebra: ONU.

Tambussi, C. E. (2014). Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos. *LEX, 12*(13), 90-111. http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i13.38.

Wiesner Morales, L. R. (1986). Sociedad de masas, derecho privado y contratación estándar. *Revista de Derecho Privado, 1,* 3-32.

Decisiones judiciales

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (1º de agosto de 2002). Exp. 25000-23-26000-2001053901. C. P. Alberto Arango Mantilla.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (1º de octubre de 2004). Exp. 25000-23-27-000-2002-0027-01(AP). C. P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (3 de junio de 2010). Exp. 19001-23-31-000-2005-01737-01(AP). C. P. María Claudia Rojas Lasso.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (23 de mayo de 2013). Rad. nº 15001-23-31-000-2010-01166-01. C. P. Guillermo Vargas Ayala.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (15 de mayo de 2014). Exp. 25000-23-24-000-2010-00609-01(AP). C. P. Guillermo Vargas Ayala

Corte Constitucional. (21 de octubre de 2009). Sentencia C-749. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (24 de marzo de 2010). Sentencia C-228. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (7 de noviembre de 2012). Sentencia C-909. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. (11 de marzo de 2014). Sentencia C-133. M. P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. (25 de agosto de 2017). Sentencia T-543. M. P. Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional. (25 de agosto de 2017). Sentencia T-543. S. V. Carlos Bernal Pulido.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (24 de septiembre de 2009). Exp. 05360-3103-001-2005-00060-01. M. P. César Julio Valencia Copete.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (23 de enero de 2019). Exp. STC322-2019, Rad. nº 66001-22-13-000-2018-01117-01. M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (3 de mayo de 2005). Exp. 5000131030011999-04421-01. M. P. César Julio Valencia Copete.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B. (1º de septiembre de 2005). Exp. 2004-02090. M. P. Beatriz Martínez Quintero.

2.2
El régimen de costas procesales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: la evolución histórica de la exclusión de la condena en costas en el seno de los procesos que comportan un interés público

Nicolás González-Tamayo*

Resumen

El tenor literal del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, comporta la exclusión expresa de la posibilidad de condenar en costas a la parte vencida en el marco de los procesos en que se ventile un interés público.

A priori, dicha norma resulta contradictoria con el acervo de principios emanados de la Constitución Política de 1991, en el seno de la cual la participación ciudadana, la igualdad y la justicia

* Abogado e internacionalista de la Universidad del Rosario. Joven investigador del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: nicolas.gonzalezt@urosario.edu.co.

constituyen pilares fundamentales. En efecto, con la eliminación de la posibilidad de condenar en costas se cristalizó un obstáculo de hecho para el ejercicio de las acciones públicas en condiciones igualitarias y, en consecuencia, para la justiciabilidad del interés público.

¿De qué manera constituye la evolución histórica del régimen de costas en la jurisdicción contencioso administrativa una variable que permite dilucidar las causas de la exclusión de la condena en costas en el marco de los procesos en que se ventila un interés público?

Sirviéndose del método de investigación histórico-jurídico, el presente documento evidenciará que la disimilitud en la condena en costas establecida en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 es consecuencia de la pervivencia, a manera de réplica, de exclusiones derivadas de cuerpos normativos anteriores a la Constitución Política de 1991.

Palabras clave: costas procesales, interés público, justiciabilidad, participación ciudadana, jurisdicción contencioso administrativa.

2.2.1. Introducción

En el año 2011 fue adoptada la Ley 1437, por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Dicho estatuto tiene la particularidad de ser el primero adoptado en la materia desde la realización de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, por lo que su articulado resulta ser —a grandes rasgos— armónico con el acervo de principios y los cánones consignados en la Constitución Política derivada del proceso histórico en mención.

No obstante, hay una disposición normativa que merece especial atención dadas las implicaciones negativas que genera en el ordenamiento jurídico nacional. La norma en cuestión es el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor literal reza:

"[S]alvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

El régimen de condena en costas incorporado en la norma en causa resulta ser manifiestamente incompatible con varios de los pilares axiológicos de la Constitución Política de 1991, a saber, la justicia, la igualdad y la participación ciudadana, que al estar consagrados en el preámbulo[1] y en el Título I del texto constitucional cristalizan fundamentos dogmáticos que irrigan la totalidad del andamiaje institucional colombiano.

A priori, dicha norma transgrede el espíritu emanado de la Constitución Política de 1991 no solo porque conculca injustificadamente los derechos a la igualdad y a la propiedad privada de las personas que acceden a la jurisdicción contencioso administrativa en defensa del bien común, sino también porque constituye una barrera *de facto* para el ejercicio efectivo de la participación ciudadana y para la justiciabilidad del interés público, en tanto los accionantes que pretendan velar por la salvaguarda de este último tienen que asumir una carga pecuniaria que se traduce en un detrimento de su patrimonio.

Ante tal escenario, la redacción del proemio del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 bajo el imperio de la Carta

---

[1] "El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la *justicia*, la *igualdad*, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y *participativo* que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia" (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Preámbulo) [las cursivas son nuestras].

Constitucional de 1991 resulta paradójica y, a primera vista, inexplicable. Ello justifica la necesidad de indagar sobre las posibles causas de su adopción, observando el trasegar de la figura de la condena en costas en los procesos administrativos a través de su historia.

¿De qué manera constituye la evolución histórica del régimen de costas en la jurisdicción contencioso administrativa una variable que permite dilucidar las causas de la exclusión de la condena en costas en el marco de los procesos en que se ventila un interés público?

A partir del análisis de los elementos normativos y las providencias jurisprudenciales más importantes en el devenir histórico del régimen de costas en la jurisdicción contencioso administrativa, es posible constatar que la diferenciación establecida en el marco del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 es consecuencia de la pervivencia, a manera de réplica, de exclusiones derivadas de cuerpos normativos anteriores a la Constitución Política de 1991 y que fueron heredadas por el estatuto contencioso administrativo vigente.

Para dar respuesta al interrogante planteado, de manera que la tesis esgrimida pueda ser corroborada o desacreditada, en el presente escrito se desarrollará un análisis de carácter histórico-jurídico a través del cual se identificarán las normas y las providencias jurisprudenciales que se erigen como hitos en la evolución del régimen de costas en el sistema jurídico colombiano, con el fin de hallar las disposiciones que se constituyen como predecesoras de la exclusión efectuada por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

El marco temporal de análisis establecido para el estudio histórico en curso comprende los siglos xx y xxi, pues fue en el seno de este periodo que se gestó la jurisdicción contencioso

administrativa, objeto de escrutinio en el presente documento, y se consolidaron las normas que la rigen.

Así las cosas, la estructura del escrito a desarrollar será de carácter tripartito: en primer lugar, se realizará una aproximación preliminar a la noción de *costas procesales* en el sistema jurídico nacional, posteriormente se analizará la evolución histórica y la configuración del esquema normativo en materia de costas en el marco de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, finalmente, el análisis histórico-normativo versará sobre el régimen de costas en la jurisdicción civil, de cara a la remisión efectuada por las normas administrativas.

2.2.2. Aproximación preliminar a la noción de costas procesales en el sistema jurídico colombiano

Las costas procesales pueden ser definidas como "aquellos gastos en que incurre una parte por razón del proceso" (Corte Constitucional, 2016, párr. 51) o, de forma más amplia, como "los gastos que se deben sufragar en el proceso" (Corte Constitucional, 2004, cons. 3).

Dicha noción abarca dos elementos: las expensas y las agencias en derecho. Las expensas, reguladas en los artículos 362 a 364 del Código General del Proceso, son todas aquellas erogaciones diferentes al pago de los honorarios de los abogados, "tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los aranceles, entre otros" (Corte Constitucional, 2016, párr. 51).

Por su parte, las agencias en derecho son "los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el artículo 366 del Código General del Proceso"[2] (Corte Constitucional, 2016, párr. 51).

[2] Al respecto, el Código General del Proceso establece que "[P]ara la fijación de

Es necesario hacer la salvedad de que la condena en cuestión "no corresponde, necesariamente, a los honorarios efectivamente pagados por la parte vencedora a su apoderado" (Corte Constitucional, 1999, fund. 9º).

En este punto, es importante remarcar que en materia de costas aplica el *dictum* romano, en virtud del cual "quien ha sido vencido en un proceso judicial debe 'pagar al vencedor los gastos o costas del juicio'"; bajo esta perspectiva, las costas comportan una carga económica que ha de ser asumida por la parte vencida en el proceso, la cual, al no tener razón, obtuvo una decisión que le es desfavorable (Corte Constitucional, 2007, cons. 20).

Habiendo hecho una aproximación conceptual a la noción de costas procesales, a continuación será analizada la exclusión de la condena en costas en los procesos adscritos a la jurisdicción contencioso administrativa.

2.2.3. Evolución histórica y configuración del esquema normativo en materia de costas en el marco de la jurisdicción de lo contencioso administrativo

En el presente acápite se analiza el régimen de las costas procesales establecido a partir de las normas propias de la jurisdicción contencioso administrativa y de los fallos proferidos con ocasión o en razón de estas últimas, con el fin de establecer los hitos jurídicos en la materia y su relación con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

---

agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas" (Congreso de la República de Colombia, 2012, art. 364).

El desarrollo del régimen de costas a través de las normas jurídicas ligadas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo

El advenimiento del siglo xx trajo consigo la cristalización de los cimientos normativos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia. Siguiendo el mandato establecido en el artículo 42 del Acto Legislativo nº 3 de 1910, según el cual "la ley establecerá la jurisdicción contencioso-administrativa" (Asamblea Nacional de Colombia, 1910, art. 42), el legislador adoptó el primer Código Contencioso Administrativo mediante la Ley 130 de 1913, el cual estuvo vigente durante 28 años hasta que fue proferida la Ley 167 de 1941, mediante la cual se dio a luz a la segunda codificación en la materia (Buitrago González, 2017, pp. 180-181).

El último de los códigos contencioso administrativos del pasado siglo fue aquel proferido en 1984 mediante el Decreto Ley 01, norma en cuya vigencia acaeció la transición entre el régimen constitucional imperante desde 1886 y aquel emanado de la Constitución Política de 1991, en el seno del cual se adoptó la Ley 1437 de 2011 por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La evolución normativa en la jurisdicción contencioso administrativa trajo consigo cambios paulatinos en el régimen de las costas procesales, que es de imperiosa necesidad traer a colación.

Si bien las leyes 130 de 1913 y 167 de 1941 comportan un vacío en la materia, en tanto no incluyen en su articulado disposición alguna concerniente a las costas procesales, es pertinente destacar que la Ley 167 de 1941 incorpora en su artículo 282 una disposición según la cual los vacíos procedimentales de la norma "se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las leyes que lo adicionan y reforman, en

cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo" (Congreso de la República, 1941, art. 282).

De acuerdo con lo anterior, en materia de costas, la norma precitada efectúa una remisión al régimen de organización judicial y procedimiento civil instituido en el Código Judicial de 1931, en el marco del cual, como se observará en la primera parte del siguiente acápite (ver el apartado "El desarrollo del régimen de costas a través de las normas jurídicas de carácter procesal ligadas a la jurisdicción civil"), se establece en favor del Estado y de sus instituciones una suerte de indemnidad respecto a la condena en costas.

En lo sucesivo, será posible evidenciar que dicha remisión a los cuerpos normativos de la jurisdicción civil se replica sistemáticamente en los estatutos contencioso administrativos subsiguientes.

En lo que respecta al tratamiento de las costas en el marco del Decreto Ley 01 de 1984, dicha norma dispone en su artículo 171 que, en todos los procesos llevados ante la jurisdicción contencioso administrativa, "con excepción de los de nulidad y de los electorales habrá condena en costas para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, en los términos del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil".

La norma bajo estudio es la primera en el seno de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en establecer una regulación en materia de costas. Como es posible advertir, su redacción ya presenta una distinción ante la posibilidad de condenar en costas, dado que si bien por regla general esta última procede en todos los procesos llevados a cabo al amparo de dicha jurisdicción, se establecen excepciones respecto a los procesos de nulidad y los electorales.

Asimismo, el colofón del artículo 171 del Decreto Ley 01 de 1984 se remite al estatuto procesal civil de 1970, en cuya redacción original (que fue objeto de múltiples modificaciones, que serán abordadas posteriormente) subsiste la diferenciación respecto a la condena en costas a favor del Estado.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 446 de 1998 la restricción a la condena en costas de la parte vencida en los procesos de naturaleza contencioso administrativa, contenida en el texto original del artículo 171 del Decreto Ley 01 de 1984, fue modificada de manera tal que se hizo extensiva a todas las acciones públicas.

En efecto, "en todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil" (Ley 446, 1998, art. 55).

Así las cosas, una restricción que se originó con un criterio casuístico, que abarcaba únicamente dos excepciones, adoptó una morfología general y llegó a cobijar con la excepción a la condena en costas a todas las acciones de naturaleza pública.

Finalmente, la norma precitada fue derogada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de 2011, vigente a la fecha, en cuyo articulado se manifiesta que "salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil" (Congreso de la República de Colombia, 2011, art. 188).

El texto precitado permite vislumbrar que la Ley 1437 de 2011 no solo heredó la excepción consagrada en el Decreto Ley 01 de 1984, sino que la plasmó a través de una redacción que amplía aún más su espectro. Ciertamente, la imposibilidad

de condenar en costas a la parte vencida en los procesos de naturaleza administrativa, hasta ese entonces circunscrita a las acciones públicas, se extendió a los procesos que ventilasen un interés público.

Habiendo examinado los hitos normativos presentes en la evolución histórica de la jurisdicción contencioso administrativa, es posible constatar que, desde sus orígenes, se gestó un esquema marcado por tratamientos diferenciados en el régimen de costas.

En los primeros instrumentos normativos, el tratamiento disímil, derivado de la remisión a las normas de derecho procesal civil (especialmente desde la expedición de la Ley 167 de 1941, a partir de la cual la remisión siempre fue expresa), se basaba en un criterio subjetivo, en virtud del cual el Estado no podía ser objeto de condena en costas.

Sin embargo, desde el año 1984, dicha diferenciación adoptaría un origen dual. Efectivamente, además de la exclusión en función de la naturaleza del sujeto derivada del régimen civil, la condena en costas también estaría limitada expresamente por los instrumentos contencioso administrativos, que en un comienzo excluyeron la condena en costas ante determinadas acciones y, finalmente, terminaron por erradicarla de todos los procesos que ventilasen un interés público.

Las providencias jurisprudenciales relativas al régimen de costas derivado de las normas contencioso administrativas

En 1984, la Corte Suprema de Justicia analizó la exequibilidad del artículo 171 del Decreto Ley 01 de 1984 en el marco del proceso número 1160. Además de declarar la adecuación de la norma demandada con el ordenamiento jurídico nacional, reiteró la viabilidad del establecimiento de tratos diferenciados

entre las entidades de derecho público y los particulares. Ciertamente, del orden normativo vigente en ese entonces

> [...] no surge la exigencia de que las entidades de derecho público reciban el mismo tratamiento legal que las personas particulares. La Corte no ha tenido este entendimiento y, por el contrario, ha aceptado que las entidades estatales sean objeto de determinadas prerrogativas propias de su condición (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1984).

La justificación de la distinción que subyace al pronunciamiento de la Corte, en razón de un criterio subjetivo, tuvo su principal desarrollo en el ámbito civil, por lo cual será estudiada con más detalle en el siguiente acápite.

En lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado, máximo tribunal en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es menester señalar que desde el año 2016 se ha consolidado en el seno de dicha entidad una jurisprudencia constante en lo que respecta a la interpretación del régimen de costas establecido en torno al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

En este punto, la Sentencia 20486 de 2016 da luces sobre asuntos tales como la naturaleza de los procesos que comportan un interés público y su alcance, la procedencia de la exclusión a la condena bajo un criterio subjetivo y la relación implícita entre las actividades del Estado y el interés público.

En cuanto a la interpretación de la expresión "procesos en los que se ventile un interés público", el Consejo de Estado, aplicando un criterio pragmático, la asimiló a los procesos surgidos con ocasión de acciones públicas, de manera que "no hay lugar a condena en costas en las acciones públicas" (Consejo de Estado, 2016, cons. 2.2).

Respecto al alcance de dicha expresión, la Alta Corte precisa que el tenor del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no implica distinción alguna de carácter subjetivo respecto a la naturaleza de las partes intervinientes en el proceso, por lo que una interpretación basada en el artículo 171 del Decreto Ley 01 de 1984, en la que se prohibía condenar en costas al Estado, resulta improcedente (Consejo de Estado, 2016, cons. 2.2).

Por último, basándose en los criterios establecidos por la Corte Constitucional en el juicio de proporcionalidad llevado a cabo mediante la Sentencia C-539/99 (ver el apartado "Las providencias jurisprudenciales relativas al régimen de costas derivado de las normas civiles"), el Consejo de Estado concluyó que la existencia de un interés público implícito en actividades de la administración (en el caso concreto, la gestión de recaudo de los tributos) no implica necesariamente que proceda la exoneración de la condena en costas en favor de esta última (Consejo de Estado, 2016, cons. 2.3).

Es menester destacar que los preceptos esgrimidos en la Sentencia 20486 del Consejo de Estado, concretamente en lo que respecta a la interpretación y el alcance de la expresión "procesos en que se ventile un interés público" y a la improcedencia de la exoneración de la condena en costas por la existencia de un interés público implícito en actividades de la administración, constituyeron derroteros que fueron evocados sistemáticamente en la corporación a manera de jurisprudencia reiterada, mediante las sentencias 20508 (pp. 14-16) de 2016, 21718 (cons. 3.3), 20647 (p. 13), 21133 (pp. 12-15), 20560 (pp. 12-16) y 20650 (pp. 12-15) de 2017, 21043 (cons. 3), 21873 (cons. 2) y 22386 (pp. 13-16) de 2018 y 24154 (pp. 9-11) de 2019.

Luego de examinar las normas y la jurisprudencia en materia contencioso administrativa, es posible afirmar que si bien se ha ampliado de forma paulatina el espectro de la

exclusión de la condena en costas a través de la redacción de las normas de carácter administrativo, a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha limitado su incidencia en la praxis, especialmente a partir de tres factores: la equiparación (y consecuente limitación) del alcance de la noción de procesos que comportan un interés público con las acciones públicas, la improcedencia de la utilización de un criterio subjetivo para aplicar la exclusión a la condena en costas y la imposibilidad de alegar una relación implícita entre el interés público y las actividades del Estado para eximir a este último del pago de las costas procesales.

Como bien se señaló a través del presente acápite, las normas contencioso administrativas en la materia han efectuado sistemáticamente remisiones al régimen procesal civil, en virtud del cual se gestó la exclusión *ratione personae* a la condena en costas, razón por la cual a continuación será puesta en consideración la configuración del esquema normativo de las costas procesales en el marco de la jurisdicción civil.

2.2.4. Evolución histórica y configuración del esquema normativo en materia de costas en el marco de la jurisdicción civil a partir de la remisión efectuada desde las normas contencioso administrativas

En presente capitulo será examinado el régimen de las costas procesales en la jurisdicción civil a partir de la remisión efectuada desde las normas contencioso administrativas, comenzando con las normas en torno a las cuales se establece la exclusión a la condena en costas (apartado titulado "El desarrollo del régimen de costas a través de las normas jurídicas de carácter procesal ligadas a la jurisdicción civil") y prosiguiendo con la jurisprudencia en la materia (apartado titulado "Las

providencias jurisprudenciales relativas al régimen de costas derivado de las normas civiles").

El desarrollo del régimen de costas a través de las normas jurídicas de carácter procesal ligadas a la jurisdicción civil

Como bien se remarcó en el segundo acápite, en sus comienzos las normas contencioso administrativas no regulaban el tópico de las costas procesales, razón por la cual el régimen de costas adscrito a dicha jurisdicción se sirvió de los estatutos civiles para impartir justicia en la materia.

No obstante, incluso después de haber solventado los vacíos, las normas contencioso administrativas que regularon la materia siguieron acudiendo sistemáticamente al derecho procesal civil a través de remisiones expresas, de suerte que el régimen de costas en materia administrativa comporta una dualidad normativa que lo liga indisolublemente con el ámbito civil.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta el marco temporal establecido para el desarrollo del presente escrito, el análisis a desarrollar en el presente capítulo se realizará tomando como primer hito histórico el Código de Organización Judicial de la República de Colombia adoptado mediante la Ley 147 de 1888, pues si bien su fecha de expedición es anterior al periodo bajo estudio, su vigencia se prolongó hasta la primera parte del siglo xx.

En la norma precitada no existe como tal una regulación específica de las costas procesales, sino una multiplicidad de disposiciones diseminadas a través de su articulado. Las disposiciones en causa abordan materias tales como las atribuciones de los Tribunales de Distrito y de la Corte Suprema respecto a las costas (arts. 47 y 75) y la posibilidad de reclamarlas ante

el mismo juez o tribunal que las impuso (art. 223) (Congreso de la República, 1888).

En lo concerniente al Código Judicial de 1931 (primero al cual se realiza una remisión expresa desde la jurisdicción contencioso administrativa por medio de la Ley 167 de 1941), a través del cual se estructura la organización judicial y el procedimiento civil, su tenor reza que, salvo en los supuestos exceptuados por la ley, la condena en costas procede

> […] en los casos siguientes: 1) Al litigante vencido […]. 2) Al que promueve un incidente o al que se opone a él, cuando la providencia que lo decide le es desfavorable. 3) Al que pierde ante el superior el recurso de apelación que ha interpuesto. 4) Al que deja caducar la instancia, y 5) Al que desiste de la acción, excepción, oposición, incidente o recurso (Congreso de la República, 1931, art. 575).

Ahora bien, dicho estatuto incorpora una excepción legal a la condena en costas, a saber: "el Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser condenados en costas" (Congreso de la República, 1931, art. 576).

La excepción en causa constituye un beneficio de indemnidad en favor del Estado en el marco del régimen de costas, el cual —como se verá en el siguiente subacápite— se fundamenta en su naturaleza subjetiva (carácter público), en sus fines y en las funciones que le son atribuidas.

Con la expedición del Decreto Ley 1400 de 1970, por medio del cual se adopta el Código de Procedimiento Civil y, consecuentemente, se deroga la Ley 105 de 1931, se mantuvo la excepción a la condena en costas incorporada en este último cuerpo normativo. En efecto, de acuerdo con la codificación de 1970,

> […] la parte vencida en el proceso, o la que pierda el incidente o el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto, será condenada al pago de costas a favor de la contraria, aunque o haya mediado solicitud. Sin embargo, la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios no serán condenados en costas (Presidencia de la República, 1970, art. 392).

En este punto, deviene perentorio subrayar que, a lo largo de la vigencia del Decreto Ley 1400 de 1970, el artículo 392 fue objeto de múltiples modificaciones, a través de las cuales, como se advertirá a continuación, se transformó la noción de indemnidad del Estado en materia de condena en costas.

La primera de dichas modificaciones, efectuada mediante el numeral 198 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, limita la indemnidad del Estado en materia de costas al pago de agencias en derecho y al reembolso del impuesto al timbre, pero amplía la lista de entidades que gozan de la misma y agrega a las instituciones financieras nacionalizadas y los distritos especiales (Presidencia de la República, 1989, art. 1º).

En el año 2003 se ejecutó la segunda modificación de la norma bajo estudio mediante el artículo 42 de la Ley 794. Dicha reforma, la primera efectuada al régimen de costas en el estatuto de procedimiento civil luego de la adopción de la Constitución Política de 1991, eliminó por completo el beneficio de indemnidad que hasta la fecha se confería al Estado. En virtud de lo anterior, la condena en costas bajo el imperio de dicha norma procedía contra "la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto" (Congreso de la República, 2003, art. 42), independientemente de la naturaleza —privada o pública— de la parte vencida.

La última de las modificaciones al artículo 392 del Decreto Ley 1400 de 1970, efectuada mediante los artículos 19 y 44 de la Ley 1395 de 2010, mantuvo la tendencia marcada por el viraje evidenciado en la Ley 794 de 2003, en tanto no se estableció excepción alguna en el régimen de costas a partir de un criterio subjetivo (atinente a la naturaleza de los sujetos), de manera que tanto el Estado como sus entidades podrían ser objeto de condena en costas cuando fueren la parte vencida en un proceso[3].

En el año 2012 se adoptó mediante la Ley 1564 el Código General del Proceso, derogando así el Decreto Ley 1400 de 1970. Por medio de la norma en causa, se establece que

> […] se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe (Congreso de la República, 2012, art. 365).

El texto citado siguió el derrotero marcado por las leyes 794 de 2003 y 1395 de 2010, de suerte tal que la indemnidad

[3] De acuerdo con dicha norma, "Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio artículo 73" (Congreso de la República, 2010, arts. 19 y 44).

conferida al Estado en materia de condena en costas, otrora axiomática, se desligó por completo de la normativa procesal civil.

Habiendo puesto en consideración los elementos normativos más importantes en el desarrollo histórico del régimen de costas en el derecho procesal civil, resulta adecuado poner de presente que si bien la indemnidad del Estado respecto a la condena en costas era un corolario —derivado del derecho decimonónico— incrustado en los esquemas normativos del siglo xx, el advenimiento del nuevo siglo —precedido por la instauración de un ordenamiento bajo el imperio de la Constitución Política de 1991— trajo consigo la adopción de reformas que tuvieron como resultado la supresión de tal prerrogativa en el derecho procesal civil.

Las providencias jurisprudenciales relativas al régimen de costas derivado de las normas civiles

En el año 1988, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia estudió la exequibilidad de —entre otros— los artículos 171 del Decreto Ley 01 de 1984 y 392 del Decreto Ley 1400 de 1970. Respecto a la primera de dichas normas (estudiada de forma preliminar en el acápite precedente, en el apartado "El desarrollo del régimen de costas a través de las normas jurídicas ligadas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo"), la Corte constató la existencia de cosa juzgada con arreglo a lo fallado en la Sentencia número 81 de agosto 16 de 1984, en la cual se declaró exequible.

Por su parte, en el examen de exequibilidad del artículo 392 del Decreto Ley 1400 de 1970, del cual es demandado el colofón del numeral 1º, la Corte Suprema desarrolla un conjunto de consideraciones que atañen a tópicos tales como las prerrogativas del Estado, el interés general, la competencia legislativa y la disuasión en el surgimiento de litigios.

En cuanto al primero de los temas señalados, el alto tribunal señaló que

> […] no se puede pretender que los particulares estén en iguales condiciones que el Estado, ya que, dada su personalidad pública, éste goza de ciertas prerrogativas que no se conceden a los asociados, pues el Estado es el representante de los intereses de la comunidad y si se le condena en costas es la misma sociedad quien estaría pagando[4] (Corte Suprema de Justicia, 1988, cons. d).

Bajo esta misma lógica, la Corte remarcó que la exoneración de la condena en costas incorporada en la norma bajo estudio materializa un privilegio en favor del Estado y las entidades públicas.

Lo anterior evidencia la existencia de un "plano de preponderancia o superioridad" de la administración respecto de los particulares[5], lo cual se traduce en la concentración de "un haz de prerrogativas que utiliza en forma unilateral para poner en acción a plenitud, el aparato coercitivo de que dispone y asegurar así la satisfacción de los intereses generales" (Corte Suprema de Justicia, 1988, cons. d). En la misma providencia, el máximo órgano de la jurisdicción civil aduce que

---

[4] Esta lógica, aceptada mayoritariamente en el seno de la Corte a lo largo del siglo xx, pone de plano una justificación de la ruptura de la igualdad procesal entre el Estado y los particulares, sustentada en el hecho de que "el interés social representado por el Estado no puede quedar desprotegido ni el Estado puede despojarse totalmente de su condición política, para tratar en un plan de entera igualdad con los particulares" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1983, cons. 5).

[5] Pues si bien se consagra en el sistema jurídico nacional "la igualdad de los administrados frente a la ley", no es posible predicar "la igualdad de éstos con las personas públicas" (Corte Suprema de Justicia, 1988, cons. d).

> […] las costas procesales son institución propia de la temática del derecho procesal, y que su regulación cae por tanto dentro del ámbito legislativo sin ninguna cortapisa constitucional que vede al legislador establecer la exención de su pago en beneficio de la nación, departamentos, intendencias, comisarías o municipios (Corte Suprema de Justicia, 1988, cons. d).

En otras palabras, en virtud de la cláusula general de competencia legislativa, según el razonamiento de la Corte, el Congreso de la República ostenta plenas facultades para establecer la indemnidad del Estado en materia de condena en costas, por lo cual esta última resulta ajustada a derecho.

Ahora bien, la última de las consideraciones de la Corte, que adopta una lógica de naturaleza microeconómica, se fundamenta en el hecho de que la condena en costas constituye un medio de disuasión apropiado para evitar la proliferación de litigios incoados por los particulares, pues el riesgo asumido por estos últimos de erogar su importe cristalizaría un incentivo para no acudir ante la jurisdicción contenciosa (Corte Suprema de Justicia, 1988, cons. d).

Con fundamento en los argumentos descritos, la Corte declaró exequible el artículo 392 del Decreto Ley 1400 de 1970 en el análisis efectuado mediante la Sentencia número 88 de 1988.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente traer a colación el salvamento de voto efectuado por el magistrado Jaime Sanín Greiffenstein, cuya postura materializa un punto de quiebre con el *statu quo* imperante y da luces sobre la postura que años más tarde prevalecería en el ordenamiento jurídico nacional.

Ciertamente, de acuerdo con el criterio del citado magistrado, teniendo en cuenta que el Estado tiene plena capacidad

para ser parte y que puede ser hallado responsable tanto a nivel contractual como extracontractual, debe también responder por el pago de las costas judiciales, dado que la parte vencedora tuvo que erogar de su patrimonio dicho rubro para poder obtener el reconocimiento o goce del derecho que le asiste (Sanín Greiffenstein, 1988, cons. 1ª). Bajo esta lógica, si el Estado es hallado responsable a favor de un particular, se parte del supuesto de que

> [...] ha quebrantado un deber suyo y violado un derecho de éste, de manera que si esta declaratoria es posible no obstante su carácter peculiar de ente político y soberano y de representante y gestor de la sociedad y del interés general, es evidente que es igualmente posible obligarlo a pagar las costas judiciales respectivas (Sanín Greiffenstein, 1988, cons. 1ª).

Asimismo, es pertinente aclarar que si el fallo es desfavorable al Estado es precisamente porque infringió de una u otra manera la ley, por lo que la sociedad en su conjunto (no solo los accionantes) es la que debe asumir la carga pecuniaria por la condena impuesta; "así lo impone la justicia distributiva que determina repartir las cargas públicas entre todos los asociados y no dejarlas a cuestas de uno de ellos, precisamente el litigante vencedor" (Sanín Greiffenstein, 1988, cons. 1ª).

El salvamento de voto puesto en consideración expone como último argumento en contra de la exequibilidad del artículo 392 del Decreto Ley 1400 de 1970 que la condena en costas, dada su naturaleza, debe ser pagada íntegramente para garantizar que el patrimonio afectado quede indemne, so pena de quebrantar derechos adquiridos —amparados en el artículo 31 de la Constitución de 1886— bajo las normas que

establecen la responsabilidad del Estado (Sanín Greiffenstein, 1988, cons. 1ª).

Una década después de que hubiesen sido proferidos tanto la providencia como el salvamento de voto en mención, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del artículo 392-1 del Código de Procedimiento Civil mediante la Sentencia C-539/99 y llegó a dos conclusiones: por un lado, constata existencia de cosa juzgada absoluta en lo que respecta a la expresión "las instituciones financieras nacionalizadas" establecida en el inciso 2º del artículo 392-1 del Código de Procedimiento Civil, declarada inexequible mediante la Sentencia nº 98 de julio 26 de 1990 de la Corte Suprema de Justicia, por lo cual se atiene a lo resuelto en esta última. Mientras que, por otro lado, declara exequible el inciso 2º del numeral 1º del artículo 392 de la norma precitada, con excepción de las expresiones "agencias en derecho, ni" y "las intendencias y las comisarias", que fueron declaradas inexequibles. Respecto a este último punto, la Corte Constitucional señaló que

> [...] la legitimidad de un privilegio público depende de que éste pueda ser adscrito al cumplimiento o la satisfacción de alguna de las finalidades que la Carta Política le ha confiado al Estado. Adicionalmente, la específica configuración —usualmente legal— que adopte la prerrogativa pública de que se trate debe adecuarse a los postulados del principio constitucional de proporcionalidad (C.P., artículo 5º), según el cual ésta deba ser útil y necesaria respecto de la finalidad que persigue y no comprometa bienes constitucionales más importantes que los que busca promocionar o proteger (Corte Constitucional, 1999, cons. 23).

Así las cosas, efectuó un juicio de proporcionalidad para analizar la adecuación constitucional de la exención de condena en agencias en derecho en favor del Estado, mediante el cual la Corte adujo que

> […] la exención de condena en costas a favor de ciertas entidades públicas le ha sido atribuida la finalidad de conceder un privilegio a esos entes estatales por el hecho de serlo, es decir, en razón de su "peculiar personalidad", de su "personalidad pública" o por la garantía del "interés general" que, a los mismos, corresponde cumplir, [por lo que dichas] finalidades son contrarias al esquema axiológico que encuadra el ejercicio del poder público establecido en la Carta Política (v. supra) y, por tanto, carecen de toda legitimidad (Corte Constitucional, 1999, cons. 26).

Bajo esta perspectiva, la Corte señaló que la prerrogativa en cuestión es absolutamente desproporcionada, dado que la norma demandada

> […] consagra un tratamiento desigual para las partes procesales y crea un desequilibrio notorio en la distribución de las cargas públicas […]. En estas circunstancias, el pago de las agencias en derecho está destinado a restablecer la equidad perdida por causa del Estado y no constituye una dádiva o un privilegio a favor de quien tuvo que acudir a un proceso para defender sus derechos o intereses (Corte Constitucional, 1999, cons. 28).

Finalmente, la Corte concluyó que el legislador no puede obligar a quien ha resultado lesionado por culpa del Estado

a asumir la carga pecuniaria derivada de la imposibilidad de condenar en costas a este último, pues de permitirlo

> […] se estaría aceptando que la sociedad entera se beneficie de una carga impuesta a una persona que, adicionalmente, ha sido víctima de una actuación u omisión ilegítima por parte del Estado. En suma, el sujeto que ha sufrido una lesión por causa de las autoridades públicas debe asumir integralmente una carga económica que de otra manera no hubiera tenido que soportar, a fin de beneficiar a la comunidad. Lo anterior vulnera abiertamente el principio de distribución equitativa de las cargas públicas y, en consecuencia, el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta (Corte Constitucional, 1999, cons. 28).

Luego del examen de los hitos jurisprudenciales más importantes, es pertinente remarcar que si bien la exclusión a la condena en costas a favor del Estado se mantuvo hasta las postrimerías del siglo xx, el proceso de constitucionalización del sistema jurídico colombiano erosionó los fundamentos que justificaban la concesión de dicha prerrogativa. En consecuencia, la Corte Constitucional declaró su incompatibilidad con el andamiaje institucional establecido en torno a la Constitución Política de 1991 y, en el año 2003, el Congreso de la República acogió dicha premisa y suprimió por completo la indemnidad del Estado en materia de condena en costas del Código de Procedimiento Civil.

2.2.5. Conclusiones

Habiendo analizado la evolución histórica y la configuración del esquema normativo en materia de condena en costas en el marco de la jurisdicción de lo contencioso administrativo

y, por remisión —tácita o expresa—, a la normativa procesal civil, deviene inminente la existencia de dos modalidades de diferenciación y exclusión de la condena en costas, una derivada de la naturaleza del sujeto y otra ligada al carácter del asunto.

Ciertamente, la diferenciación *ratione personae* (en virtud de la cual el Estado era indemne a la condena), emanada de la jurisdicción civil, permeó desde sus inicios el régimen de costas en lo contencioso administrativo, en el seno del cual, a su vez, se gestó un factor de diferenciación *ratione materiae*, que en sus orígenes excluyó de la condena en costas a determinadas acciones, pero que evolucionó hasta ampliar la exclusión a todas las acciones que ventilasen un interés público.

En virtud de lo anterior, es pertinente señalar la coexistencia de dos procesos evolutivos en el ordenamiento jurídico colombiano que si bien mantuvieron camino afín a lo largo del siglo xx (afianzando las exclusiones en el régimen de costas al amparo de una concepción decimonónica del derecho), con el advenimiento del nuevo orden constitucional se desligaron y adoptaron tendencias inversas. En efecto, mientras que en el seno de la normatividad civil la adopción de la Constitución Política de 1991 ocasionó la morigeración de la exclusión a la condena en costas basada en un criterio subjetivo, en las normas contencioso administrativas se mantuvo la tendencia al robustecimiento de las exclusiones *ratione materiae* (que, no obstante, han sido matizadas a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado), al punto de conferir carácter general a excepciones que en sus orígenes fueron específicas.

En este sentido, de las formas de diferenciación en causa, solo aquella *ratione materiae* pervive, pues aunque el Estado perdió paulatinamente la indemnidad conferida por los estatutos civiles, aún se excluyen los asuntos de interés público.

Aunque este hecho resulta inexplicable desde una óptica contextual, debido a su incoherencia con las bases dogmáticas de la Constitución de 1991, desde un análisis histórico-jurídico es posible hallar su origen como una figura supérstite de normas cuya vigencia feneció.

A guisa de conclusión, es pertinente afirmar que existen elementos normativos y jurisprudenciales que marcaron el devenir histórico del régimen de costas en la jurisdicción contencioso administrativa, a partir de los cuales es posible constatar que la diferenciación establecida en el marco del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 es consecuencia de la pervivencia de exclusiones derivadas de los estatutos contencioso administrativos anteriores a la Constitución Política de 1991 que, a manera de meras réplicas carentes de fundamento axiológico, fueron heredadas por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Bibliografía

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional* nº 114.

Asamblea Nacional de Colombia. (31 de octubre de 1910). Acto Legislativo 3 de 1910. Reformatorio de la Constitución Nacional. *Diario Oficial*, año XLVI, nº 14131.

Buitrago González, V. M. (2017). Origen y evolución de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. *Revista Nueva Época, 48*, 173-191.

Congreso de la República de Colombia. (1888). Ley 147 de 1888. Código de Organización Judicial de la República de Colombia. *Diario Oficial*, año XXV, nº 7673.

Congreso de la República de Colombia. (1931). Ley 105 de 1931. Sobre organización judicial y procedimiento civil. *Diario Oficial*, año LXVII, nº 21823.

Congreso de la República de Colombia. (1941). Ley 167 de 1941. Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa. *Diario Oficial*, año LXXVII, nº 24853.

Congreso de la República de Colombia. (2003). Ley 794 de 2003. Por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, año CXXXVIII, nº 45058.

Congreso de la República de Colombia. (2010). Ley 1395 de 2010. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. *Diario Oficial*, año CXLV, nº 47768.

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial*, año CXLV, nº 47956.

Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, año CXLVIII, nº 48489.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016). Sentencia 20486. Rad. nº 25000-23-37-000-2012-00174-01 (20486). M. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016). Sentencia 20508. Rad. nº 05001-23-33-000-2012-00490-01 (20508). M. P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2017). Sentencia 20650. Rad. nº 76001-23-33-000-2012-00607-01 (20650). M. P. Milton Chaves García.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2017). Sentencia 20560. Rad. nº

76001-23-33-000-2012-00606-01 (20560). M. P. Milton Chaves García.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2017). Sentencia 21133. Rad. nº 76001-23-33-000-2012-00603-01 (21133). M. P. Milton Chaves García.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2017). Sentencia 20647. Rad. nº 05001-23-33-000-2013-00163-01 (20647). M. P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2017). Sentencia 21718. Rad. nº 25000-23-37-000-2013-00810-01 (21718). M. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018). Sentencia 22386. Rad. nº 76001-23-33-000-2013-00079-01 (22386). M. P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018). Sentencia 21873. Rad. nº 76001-23-33-000-2012-00430-01 (21873). M. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018). Sentencia 21043. Rad. nº 76001-23-31-000-2012-00431-01 (21043). M. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2019). Sentencia 24154. Rad. nº 17001-23-33-000-2014-00131-01 (24154). M. P. Milton Chaves García.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (1999). Sentencia C-539/99. Exp. D-2313. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (2004). Sentencia C-043/04. Exp. D-4695. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (2007). Sentencia T-432/07. Exp. T-1530543. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (2016). Sentencia T-625/16. Referencia: expediente T-5569886. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena. (1983). Sentencia nº 90. Exp. nº 1085. M. P. Luis Carlos Sáchica. Bogotá.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1984). Sentencia nº 81. Exp. nº 1160. M. P. Alfonso Patiño Roselli. *Gaceta Judicial* CLXXIX, nº 2418.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena. (1988). Sentencia nº 88. Exp. nº 1833. M. P. Jaime Sanín Greiffenstein y Jairo E. Duque Pérez. *Gaceta Judicial* CXCV, nº 2434.

Presidencia de la República de Colombia. (1970). Decreto Ley 1400 de 1970. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. *Diario Oficial*, año CVII, nº 33150.

Presidencia de la República de Colombia. (1989). Decreto 2282 de 1989. Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil. *Diario Oficial*, año CXXVI, nº 39013.

Sanín Greiffenstein, J. (1988). Salvamento de voto, Sentencia nº 88 de la Corte Suprema de Justicia. Exp. nº 1833. M. P. Jaime Sanín Greiffenstein y Jairo E. Duque Pérez. *Gaceta Judicial* CXCV, nº 2434.

2.3
Balance de las acciones populares en Colombia: ¿camino a su desnaturalización?

Beatriz Londoño-Toro*
Natalia Pérez-Amaya**

Resumen
Este capítulo analiza las fortalezas y debilidades en el ejercicio de las acciones populares colombianas en los últimos veinte años, para determinar si las modificaciones legislativas del último decenio han dificultado el acceso a la justicia para la garantía de

---

* Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana con especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y doctorado en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Ha sido consultora del PNUD, asesora de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y defensora delegada para Derechos Colectivos y del Ambiente. Actualmente es profesora titular de la Universidad del Rosario en pregrado y posgrado, e investigadora senior de Colciencias en el Grupo de Investigación en Derechos Humanos. Correo electrónico: blondonoster@gmail.com.

** Abogada de la Universidad del Rosario y candidata a magíster en Medio Ambiente y Desarrollo de la Facultad de Economía de la Universidad del Rosario. Fue coordinadora del Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario y actualmente se desempeña como abogada sustanciadora de la Jurisdicción Especial para la Paz.

los derechos colectivos. En el trabajo se examina, en primer lugar, la naturaleza de la acción popular en la Constitución Política de 1991 y la intención del legislador en su regulación; a continuación se hace una valoración de la importancia de la acción, pese a las medidas reduccionistas de garantías en el acceso a la justicia para la defensa de derechos colectivos, análisis que se complementa con el estudio de caso de la sentencia que protege el río Bogotá. Se concluye en torno al potencial protector de estas acciones siempre y cuando la labor de los jueces sea garantista y diligente. A pesar de los obstáculos normativos, caracterizados por la regresividad en algunos aspectos procesales y constitucionales, se estima, con base en las cifras y estudios, que las acciones populares sobreviven a pesar de las condiciones jurídicas y sociales adversas.

Palabras clave: acciones populares, derechos colectivos, acciones constitucionales.

2.3.1. Introducción

La Constitución Política de 1991 logró uno de los grandes avances de Colombia a nivel constitucional a través de la consagración de un catálogo amplio de derechos, así como de mecanismos de protección. Dentro de estos mecanismos se encuentra la acción popular, dispuesta como una acción pública para la protección de los derechos colectivos.

La acción popular tiene su origen en los artículos 1005 y 2359 del Código Civil de 1887, sin embargo, tuvo poca repercusión en el derecho privado (Sarmiento Palacio, 2006), por lo que fue gracias a la Constitución Política que progresivamente se logró un desarrollo efectivo de la acción, así como una regulación frente a su procedimiento a través de la Ley 472 de 1998.

De esta manera, debido a los derechos e intereses que pretende proteger, la acción popular es una herramienta indispensable para catalogar la Constitución Política de 1991 como una "Constitución ecológica", ya que es un mecanismo fundamental para que los ciudadanos propendan por la defensa del medioambiente y los recursos naturales (Pérez Amaya & Senior Serrano, 2018).

Sin embargo, pese a la naturaleza abierta con la que se reglamentó inicialmente la acción, ha tenido diferentes modificaciones en sus veinte años que han llegado a perjudicar el acceso a esta, lo cual ha generado dificultades en el acceso a la justicia para los ciudadanos que buscan la protección de los derechos e intereses colectivos (Torres Villarreal & Iregui Parra, 2017).

Así, este artículo tiene como objetivo analizar los aspectos más destacados del desarrollo de la acción popular desde su constitucionalización hace veinte años y su funcionamiento actual, para determinar si las modificaciones legislativas hechas a la misma han dificultado el acceso a la justicia para la garantía de los derechos colectivos. La pregunta de investigación se orienta a identificar cuál es el balance de las fortalezas y las debilidades en el ejercicio de las acciones populares colombianas después de veinte años de ejercicio.

La metodología empleada implica una revisión documental de las principales investigaciones desarrolladas sobre los avances y desafíos de la Ley 472 de 1998 durante estos veinte años, consignadas en artículos, capítulos y libros que presentan estos resultados, lo cual se complementa con una revisión jurisprudencial entorno al caso más emblemático: el de la acción popular del río Bogotá.

Para esto, se entrará a examinar (i) la naturaleza de la acción popular en la Constitución Política de 1991 y la intención del legislador en su regulación; (ii) la importancia de la

acción, pese a las medidas reduccionistas de garantías en el acceso a la justicia para la defensa de derechos colectivos y (iii) el estudio de caso de la sentencia que protege el río Bogotá. Se finalizará con unas conclusiones.

2.3.2. Naturaleza y principios de estas acciones en la Constitución y en la ley

Las acciones populares inicialmente se encontraban reguladas en el Código Civil Colombiano de 1887, donde don Andrés Bello, redactor de dicho código, las incluyó, en esta codificación privatista, directamente de la fuente del derecho romano. Desafortunadamente solo hasta los años ochenta del siglo xx se observa un esfuerzo para rescatar tan importantes acciones a través del trabajo de Fundepúblico y un equipo de abogados liderados por Germán Sarmiento Palacio, quienes iniciaron su ejercicio en Colombia evidenciando su enorme potencial garantista (Sarmiento Palacio, 2006).

Durante los debates de la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia se lograron tres aportes significativos: (i) la valoración jurídica e histórica de las acciones populares y sus antecedentes, (ii) la consideración de las acciones populares como acciones públicas y (iii) el reconocimiento de un ámbito específico de actuación de estas acciones en defensa de los derechos colectivos.

Es indudable que las acciones colectivas marcan una nueva etapa en la defensa de los derechos humanos, ya que "Las acciones para la protección de los derechos subjetivos individuales [...] no pueden dar respuesta apropiada a los conflictos en los que se manifiestan los intereses colectivos" (Barón, 2010, p. 39). En el caso colombiano, las acciones populares han transformado paradigmas procesales tradicionales y son un elemento innovador para el derecho.

En la Ley 472 de 1998, artículo 2, se reconoce a estas acciones su carácter de medio procesal para proteger derechos e intereses colectivos y se indican las posibilidades de esta institución, que pueden orientarse a la prevención (evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos) o a la reparación del daño colectivo generado al permitir "restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible".

En el mismo sentido, otra de las fortalezas que se destacan en las investigaciones sobre el impacto de las acciones populares en Colombia tiene que ver con su amplia legitimación, ya que pueden ser ejercidas por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera. En estudios sobre legitimación constitucional como los de Rolla (2012, p. 349), Colombia se destaca por esta gran apertura y originalidad constitucional, que evidencia la necesidad urgente de protección de los derechos colectivos y la carencia de dolientes en estas luchas. Los defensores de derechos colectivos son defensores de derechos humanos y por esta razón deben ser protegidos, apoyados por las instancias del Estado y reconocido su trabajo solidario en defensa del interés público. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que:

> Así, el artículo 12 de la referida Ley 472, establece una regla de legitimación ampliada permitiendo que cualquier persona natural o jurídica, organizaciones de diferente naturaleza y algunas autoridades públicas interpongan la acción. En ese sentido, el Consejo de Estado ha señalado "que la titularidad es del colectivo y no de la suma de cada uno de los derechos individuales… el interés le asiste a todo el grupo, cualquiera de ellos está legitimado para ejercer su

> derecho de acción representado a las otras personas igualmente afectadas".
> Su finalidad no solo es preventiva, sino también restitutoria, ya que puede dirigirse a que las cosas vuelvan a su estado anterior al momento de vulneración y si no procede la restitución, a que se ordene la indemnización por el daño ocasionado (Corte Constitucional, 2017).

En relación con los principios que recoge el legislador, conviene mencionar que estas acciones deben cumplir con las exigencias constitucionales y que, de manera especial, en ellas debe prevalecer el derecho sustancial sobre los formalismos, y el juez, en su actuar, es un defensor del interés público y debe buscar celeridad, eficacia, el respeto de las garantías procesales, trámite preferencial, interpretación amplia de los derechos e intereses colectivos según las normas internas e internacionales, y uno de los aspectos más difíciles: el equilibrio entre las partes, aspecto que preocupó enormemente al legislador y por tanto estableció posibilidades como la coadyuvancia amplia, la intervención de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio Público durante el proceso y otras figuras que evidencian la debilidad de la parte actora en la mayor parte de estos procesos (Álvarez, 2000). Respecto de este punto, la Corte Constitucional ha señalado que

> [...] (i) la amplitud de la legitimación por activa, (ii) el tipo de pretensiones que pueden ventilarse (preventivas/restitutorias), (iii) el objeto que busca protegerse (derechos e intereses colectivos como el medio ambiente sano), (iv) la posibilidad de celebrar dentro del proceso un pacto de cumplimiento entre los accionantes y las entidades demandadas, (v) la facultad del juez popular para ordenar medidas

> cautelares y el amplio margen probatorio que tiene, son rasgos que hacen de las acciones populares un medio judicial de suma importancia cuando se trata de resolver disputas especialmente complejas que requieran de medidas estructurales o generales para la protección de intereses supraindividuales e indivisibles, tal y como es el caso de los derechos colectivos (Corte Constitucional, 2017).

El llamado principal que hace la ley al juez tiene que ver con su obligación de impulso oficioso que le exige "producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria, sancionable con destitución" (Congreso de la República de Colombia, 1998). Para lograr este objetivo el juez tiene herramientas de enorme valor, entre las cuales se destacan: (i) la posibilidad de adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda, según señala el artículo 5 de la ley; (ii) la primacía de la eficacia material en la decisión de acciones populares y (iii) el principio de *iura novit curia* que reconoce las amplias facultades del juez, entre otros (Consejo de Estado, 2015).

2.3.3. Importancia de la acción popular pese a las medidas reduccionistas

En las siguientes secciones se procederá a analizar la importancia que ha tenido la acción popular en el ordenamiento jurídico colombiano, evidenciando los grandes avances logrados y, de la misma manera, algunas modificaciones en la acción que han generado limitaciones en esta o creado requisitos para su interposición. Así, se iniciará con las fortalezas de la acción, que dan cuenta de su condición como mecanismo garante de los derechos colectivos, especialmente en un ámbito regional.

Hallazgos significativos que evidencian fortalezas de las acciones populares

En el trabajo realizado en recientes investigaciones de la Universidad del Rosario (Londoño et ál., 2018) y las universidades de los Andes y la Sabana (Páez, Lamprea & Vallejo, 2017), se observan aspectos positivos a destacar, así como retrocesos que implican ajustes normativos o jurisprudenciales frente a las acciones populares. Describimos a continuación estos hallazgos.

Las acciones populares como espacio para el conocimiento, el debate y la aplicación de los derechos colectivos

La evidencia más interesante en los diversos estudios realizados tiene que ver con la utilización del instrumento en la protección prioritaria de los derechos ambientales y de la naturaleza. En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha destacado la importancia del ambiente sano en múltiples sentencias al destacar que:

> "[…] la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos" (Artículo 366 C.P.). […]
>
> "La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra

> al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado 'Constitución ecológica', conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección" (Consejo de Estado, 2017b).

En consecuencia, debido a la especial importancia asignada a este derecho, el Consejo de Estado, igualmente, ha reconocido las diferentes dimensiones del derecho al medioambiente sano y a su goce y ha manifestado que cuenta con las siguientes tipologías:

> [...] (i) derecho fundamental (por encontrarse estrechamente ligado con los derechos fundamentales a la vida y a la salud); (ii) de derecho-deber (todos son titulares del derecho a gozar de un ambiente sano pero, además, tienen la obligación correlativa de protegerlo); (iii) de objetivo social (conservación de las condiciones del medio ambiente para garantizar el aprovechamiento de los recursos naturales por parte de las generaciones presentes y futuras); (iv) de deber del Estado (conservación del medio ambiente, eficiente manejo de los recursos, educación ambiental, fomento del desarrollo sostenible, e imposición las sanciones a que haya lugar); y (v) de derecho colectivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 88 superior (Consejo de Estado, 2017a).

Así, la jurisprudencia en Colombia ha reconocido, por un lado, la importancia de las acciones populares como instrumento de rango constitucional y, por otro lado, la trascendencia del derecho al medioambiente sano, tanto como derecho colectivo

per se como por su relación con los demás derechos de rango constitucional. Por consiguiente, al evidenciar la relevancia de la acción, se debe profundizar en el número de demandas presentadas, tanto de forma general como enfocadas en la protección de los derechos colectivos en materia ambiental. La figura 1 presenta las cifras de acciones populares interpuestas en defensa de derechos colectivos en el período 2010-2018.

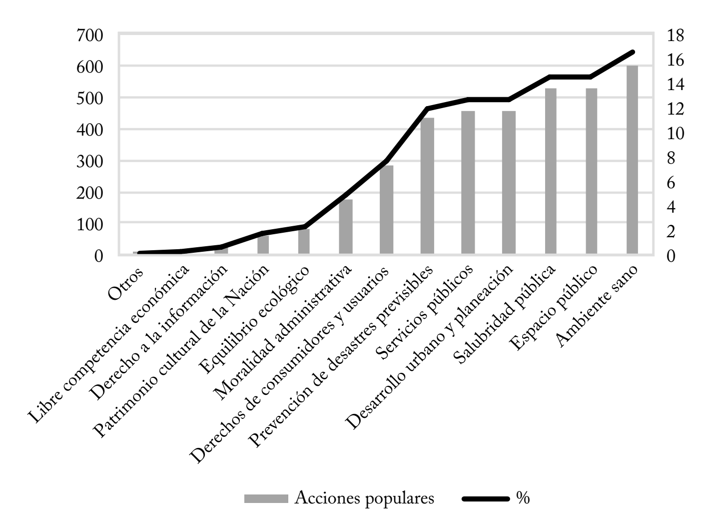


Figura 1. Derechos colectivos protegidos mediante acciones populares (2010-2018). Muestra: 3639 acciones

Fuente: Elaboración propia con base en respuesta del Dr. Hernán Guillermo Jojoa Santacruz, Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales, Defensoría del Pueblo. Bogotá, agosto 14 de 2018 (Londoño et ál., 2018).

En el período 2010-2018, el número de acciones populares por cada derecho evidencia que los más protegidos son: el ambiente sano (17%), el espacio público (15%), la salubridad pública (14%), el desarrollo urbano y la planeación (13%) y los servicios públicos (13%) (Londoño et ál., 2018).

Vale la pena mencionar que en el primer decenio de ejercicio de las acciones populares (1999-2009) la tendencia tenía una pequeña variación y se priorizaba la protección de la seguridad y la salubridad pública (21%), el ambiente sano (17%), el espacio público (15%) y el acceso a servicios públicos (13%) (Londoño-Toro, González & Figueredo, 2009).

Impacto regional de las acciones populares

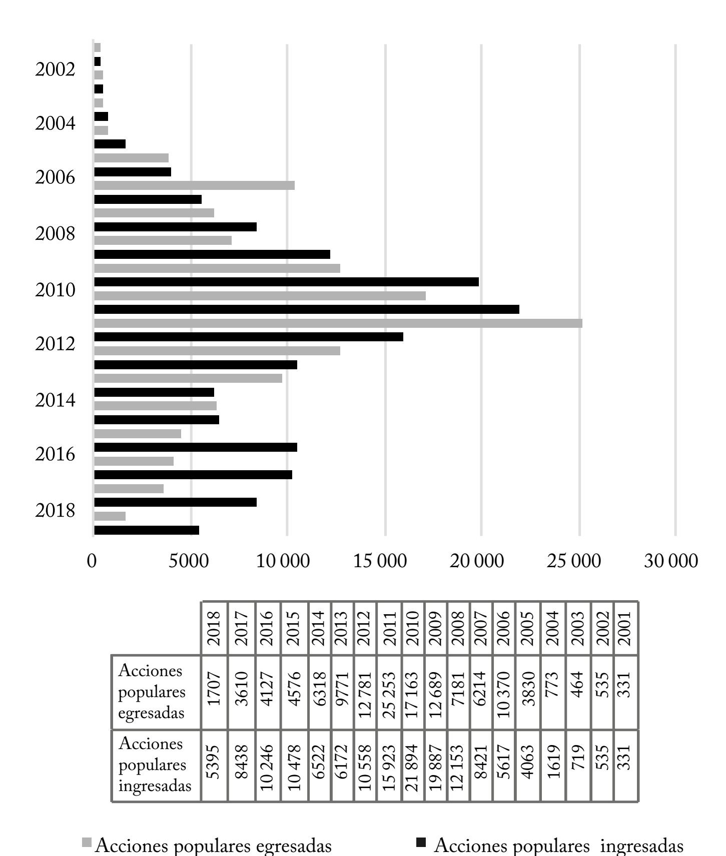
En el *Boletín de investigación: 20 años de la ley de acciones populares en Colombia* (Londoño et ál., 2018), se observa que, según cifras suministradas por la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Rama Judicial en 2018, los departamentos en los que ha existido un mayor ejercicio de acciones populares en Colombia durante estos veinte años de la Ley 472 de 1998 son: Cundinamarca, Bogotá, Quindío, San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Arauca.

Se identifica como novedoso el ejercicio de acciones populares en municipios pequeños del país, además de las tradicionales cifras de Cundinamarca y Bogotá. Es indudable que para los problemas locales de violación de derechos colectivos las acciones populares siguen siendo un instrumento de enorme valor, cuyo aprendizaje se ha logrado a través del ejercicio judicial en defensa de estos.

Innovación en el diseño procesal inicial del instrumento de acciones populares y ejercicio amplio de estas

La primera época o "etapa dorada" de las acciones populares se dio en el periodo 1998-2010: durante 12 años la ley cumplió el objetivo constitucional de ser el instrumento de defensa de los derechos ambientales y colectivos, con características destacables como la sencillez, la legitimación amplia, el incentivo para los actores que protegieran los derechos, la defensa de todos

los derechos y la primacía de los sustantivo sobre lo procedimental para proteger los derechos humanos colectivos, entre otros logros (Londoño-Toro et ál., 2009). La figura 2 tiene dos lecturas correspondientes a esta época y además ilustra la etapa siguiente, que es regresiva.



	2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003	2002	2001
Acciones populares egresadas	1707	3610	4127	4576	6318	9771	12 781	25 253	17 163	12 689	7181	6214	10 370	3830	773	464	535	331
Acciones populares ingresadas	5395	8438	10 246	10 478	6522	6172	10 558	15 923	21 894	19 887	12 153	8421	5617	4063	1619	719	535	331

Figura 2. Total de acciones populares interpuestas y decididas en Colombia (2001-2018)

Fuente: Elaboración propia con base en la respuesta a un derecho de petición a Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Rama Judicial (2018), con inclusión de los datos suministrados por el Consejo de Estado y correspondientes a los años 2001 y 2002 (Londoño et ál., 2018).

Fortalecimiento del ejercicio de las acciones populares ante la jurisdicción ordinaria con aplicación amplia de la Ley 472 de 1998

Se observa que ante el excesivo formalismo y los cambios normativos que impactaron a las acciones populares frente a la jurisdicción contencioso administrativa ha resurgido el ejercicio de estas acciones ante la jurisdicción ordinaria, pues en ella la Ley 472 de 1998 rige, salvo en los artículos referidos a incentivos, que fueron derogados por la Ley 1425 de 2010.

> La Unidad referencia un total de 63.600 acciones populares distribuidas así: 61.377 acciones populares que conocen los Jueces de Circuito y 2.223 acciones populares de competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. El año 2010 fue el de mayor actividad para los Juzgados de Circuito y se observa a partir del 2011 la tendencia a la disminución de los casos como consecuencia de la Ley 1425 de 2010 (Londoño et ál., 2018).

La figura 3 muestra la distribución de las acciones populares en la jurisdicción ordinaria.

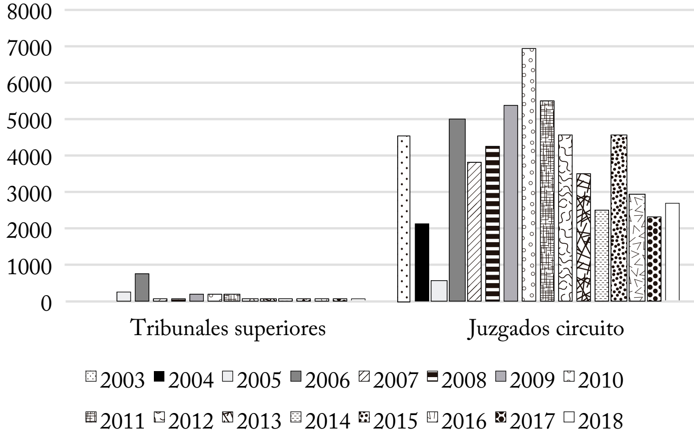


Figura 3. Acciones populares: jurisdicción ordinaria (2003-2018)

Fuente: Elaboración propia con base en información suministrada por la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Rama Judicial en 2018 (Londoño et ál., 2018).

2.3.4. Los retrocesos legislativos: implicaciones e impacto en las acciones populares colombianas

Diversos trabajos académicos, entre los cuales destacamos el presentado por Torres e Iregui (2017), evidencian el impacto de las modificaciones legislativas y los retrocesos que implican en tres temas específicos: (i) eliminación de los incentivos y limitación en materia de costas; (ii) exigencia de un nuevo requisito de procedibilidad y (iii) prohibición de decretar la nulidad de actos administrativos y contratos a través de las acciones populares.

La Ley 472 de 1998 estableció los requisitos necesarios para interponer la acción popular, una institución que tenía una naturaleza abierta y sencilla por tratarse de una acción que no requería conocimiento jurídico especializado y podía ser presentada sin necesidad de apoderado. En consecuencia, el artículo 18 de la mencionada ley determinó que la demanda sería presentada con:

> a) La indicación del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado; b) La indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición; c) La enunciación de las pretensiones; d) La indicación de la persona natural o jurídica, o la autoridad pública presuntamente responsable de la amenaza o del agravio, si fuere posible; e) Las pruebas que pretenda hacer valer; f) Las direcciones para notificaciones; g) Nombre e identificación de quien ejerce la acción (Congreso de la República de Colombia, 1998).

Sin embargo, las leyes 1425 de 2010 y 1437 de 2011 generaron algunas modificaciones que en la práctica han sido valoradas por los investigadores como un retroceso grave en materia de garantías para los derechos colectivos, restricción en el acceso a la justicia y regresividad en la protección de los derechos humanos. A continuación se profundiza sobre las modificaciones legislativas de mayor impacto.

Eliminación de los incentivos y restricción frente a las costas

Los artículos 38, 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 consagraban la posibilidad de reclamar costas[1] e incentivos[2] para quienes

[1] Ley 472 de 1998 Artículo 38º.- Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar el demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar.

[2] Ley 472 de 1998 Artículo 39º.- Incentivos. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

lograran el restablecimiento o la protección de los derechos o intereses colectivos.

Así, el Consejo de Estado manifestó en diversos pronunciamientos que el demandante de la acción popular tendría derecho a recibir el incentivo —entendido como una remuneración económica— siempre y cuando la sentencia acogiera sus pretensiones, declarando que existía amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos alegados y verificando que la protección se obtuviera gracias a la intervención del actor (Consejo de Estado, 2009).

De esta manera, los incentivos se reconocieron por la ley como un derecho del actor popular, que se otorgaban por el juez cuando se lograra el resultado de una decisión favorable para la protección de los derechos e intereses colectivos invocados, reconociendo que la solidaridad propia de este tipo de derechos no implicaba gratuidad (Pérez Amaya & Senior Serrano, 2018).

Sin embargo, la Ley 1425 de 2010 derogó los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, acabando así con la figura de los incentivos dentro de las acciones populares. Esta ley fue demandada a través de una acción pública de inconstitucionalidad, al considerar que la eliminación del incentivo era una medida regresiva tendiente a desestimular la utilización de la acción constitucional. Al respecto, la Corte Constitucional manifestó que:

Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.

Ley 472 de 1998 Artículo 40º.- Incentivo Económico en Acciones Populares sobre Moral Administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derechos a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

> Es una medida que no puede ser considerada regresiva, por cuanto no recorta o limita de forma sustantiva el derecho de acceder a la protección de los derechos e intereses colectivos. Se trata de suprimir una herramienta que no formaba parte en sí del derecho, sino que constituía un medio para estimular su uso. No existe pues, en estricto sentido, un requisito o carga adicional que se imponga a las personas. Lo que se suprime es el incentivo, como medio para promover la interposición de las acciones populares. En otras palabras, es una herramienta que busca una finalidad constitucional, a saber: mejorar el desempeño de la acción popular y, con ello, la protección de los derechos e intereses colectivos [...]. La limitación impuesta por la medida no compromete el goce efectivo del derecho. Las personas conservan la acción; lo que no pueden reclamar es la recompensa por emplearla (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

La Corte Constitucional resolvió la constitucionalidad de la ley declarándola exequible al considerar que esta norma se encontraba acorde a la configuración legislativa propia del Congreso de la República, sin que significara para el accionante una carga desproporcionada o una medida regresiva (Pérez, Otero & González, 2019).

De forma posterior, a través del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, se restringió el acceso a costas de aquellas personas que promovieran la acción popular, logrando así que cualquier remuneración dispuesta en la Ley 472 de 1998 fuera abruptamente modificada. Esto, por cuanto la norma en mención dispuso que "salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas

del Código de Procedimiento Civil" (Congreso de la República de Colombia, 2011).

En consecuencia, los ciudadanos que presentan acciones populares —cuya naturaleza busca ventilar un asunto de interés público— no cuentan con acceso a costas que reembolsen los gastos en los que incurrieron en el transcurso del proceso[3].

Estas situaciones llevan de forma clara a una restricción de la acción, pues si bien la Corte Constitucional ha mencionado que se trata de la defensa de un interés público, lo que debería generar un deber de solidaridad entre los ciudadanos, esta defensa ha ido asimilándose a una situación de gratuidad que impone una carga desproporcionada para los ciudadanos (Torres Villarreal & Iregui Parra, 2017).

Creación de un requisito de procedibilidad

En el mismo sentido, y habiendo señalado que al estudiar la constitucionalidad de la Ley 1425 de 2010 la Corte Constitucional manifestó como argumento de exequibilidad que la eliminación del incentivo no imponía un requisito o carga adicional para el ciudadano, se hace necesario traer a colación la creación del requisito de procedibilidad para la acción popular dispuesto en la Ley 1437 de 2011. Al respecto, el parágrafo 3 del artículo 144 de la mencionada ley dispone que:

> Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar

[3] Esta situación en particular es aplicable específicamente a las acciones populares que se presentan ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Frente a este punto, las acciones populares que se llevan ante la jurisdicción ordinaria, es decir, aquellas donde el accionado es un sujeto de derecho privado, cuentan con acceso a costas de conformidad con lo dispuesto en el Código General del Proceso.

> a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudirse ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda (Congreso de la República de Colombia, 2011).

Vale la pena señalar que, tal y como se mencionó, la Ley 472 de 1998 tenía un carácter abierto para la presentación de la acción, con lo que no exigía requisitos especialmente estrictos y consagraba como única causal de rechazo que la acción no fuera subsanada en caso de inadmisión. Así, esta modificación —en la práctica— podría generar un obstáculo en el acceso a la administración de justicia, pues la persona que pretende iniciar una acción basada en los requisitos de la Ley 472 de 1998 se encuentra expuesta al rechazo de plano de la acción por no agotar el requisito de procedibilidad (Torres Villarreal & Iregui Parra, 2017).

Es importante precisar que se presenta otro obstáculo práctico frente al requisito de procedibilidad, pues la ley no determina qué ocurre cuando la autoridad da respuesta a la solicitud asegurando que protegerá efectivamente el derecho colectivo o prevendrá su vulneración y no cumple, caso en el cual no es claro si el ciudadano debería interponer una segunda petición o, por ejemplo, se entendería satisfecho el requisito (Senior Serrano & Nieto Rodríguez, 2014).

Esto significa que, contrario a lo analizado en la Sentencia C-630 de 2012 frente a los incentivos, la acción popular efectivamente sufrió una modificación que implicó la imposición de una carga adicional para el accionante.

Prohibición de decretar la nulidad de un contrato o acto administrativo que vulnere los derechos e intereses colectivos

Por último, el parágrafo 2 del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 dispuso que

> […] cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, *sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos* (Congreso de la República de Colombia, 2011) [las cursivas son del original].

Esta medida puede generar dificultades prácticas en las acciones populares ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pues limitó el margen de acción de las medidas que el juez podría adoptar para lograr la protección efectiva de los derechos colectivos.

Así, se genera un obstáculo frente al contenido mismo de la norma, pues de acuerdo con lo dispuesto en la ley el juez podría adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la vulneración o amenaza sin determinar con claridad qué tipo de medidas procederían de forma alternativa a la declaración

de nulidad del acto administrativo o el contrato que generen la violación.

En este sentido, la medida viable para traer a colación sería la suspensión del acto administrativo o contrato que genera la vulneración, con lo que no es claro si se trataría de una suspensión indefinida o si, por el contrario, sería temporal, bajo el entendido de que el accionante de la acción popular tendría que iniciar la respectiva acción de nulidad en la jurisdicción contenciosa administrativa. Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido esta situación y se ha referido, a su vez, a algunas dificultades prácticas frente a esta norma, señalando que:

> Sin embargo, la Sala advierte que la tesis que admite la suspensión y niega la posibilidad de anulación de los actos administrativos en acciones populares (adoptada por el Legislador) presenta distintas dificultades:
>
> Primero, nada impediría que la suspensión decretada en el trámite de la acción popular sea indefinida, con lo que se viola la seguridad jurídica y la certeza en el derecho. En efecto, al adoptar una orden de este tipo, se presenta una indeterminación que atenta contra la seguridad jurídica porque comporta la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo, que a su vez sigue existiendo, en forma indefinida en el tiempo, pues a diferencia de la tutela que se concede como mecanismo transitorio, la acción popular no tiene esa autorización legal.
>
> Segundo, por tratarse de una medida que tiene como origen una tesis que parte de la división de jurisdicciones, puede suceder que existan fallos contradictorios, esto es, que en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se niegue la nulidad del acto administrativo y en el proceso de acción

popular se resuelva suspenderlo, o sencillamente se mantenga la suspensión en forma permanente porque no podrá existir un nuevo pronunciamiento, en vía de acción popular, sobre la invalidez del acto, so pena de afectar la cosa juzgada. En consecuencia, la norma contenida en la Ley 1437 de 2011 acarrea distintos problemas a los que se enfrentarán los jueces de acciones populares al decidir sobre la legalidad de un acto administrativo, pues a pesar de verificar que el acto es nulo, solamente pueden decretar la suspensión. Esta situación impone una carga adicional a los jueces que resuelvan acciones populares, quienes deberán argumentar con suficiencia qué implicaciones tiene la suspensión de un acto administrativo que amenace o vulnere derechos o intereses colectivos y por qué razón es posible adoptar esa medida en caso de que el juez contencioso haya negado la nulidad de un acto (Corte Constitucional, 2016).

2.3.5. Acción popular del río de Bogotá: una manifestación del impacto de las acciones populares en la defensa del interés público

La acción popular del río de Bogotá es uno de los casos más emblemáticos en la defensa de los derechos e intereses colectivos en Colombia, por cuanto el fallo de segunda instancia del Consejo de Estado logró una decisión completa e integral en pro de los derechos al medioambiente sano, a la salubridad pública, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna (Güiza Suárez, Londoño Toro & Rodríguez Barajas, 2015).

Esta acción, que tuvo una duración de más de veinte años, fue interpuesta por Gustavo Moya Ángel, quien falleció antes de finalizar el proceso judicial, y otros actores populares; así, el fallo de primera instancia fue proferido el 25 de agosto de 2004, mientras que la segunda instancia se falló diez años después, el 24 de marzo de 2014 (Güiza Suárez et ál., 2015).

Sin embargo, pese a la duración de la acción, que en cierto modo evidencia uno de los obstáculos que enfrentan los actores populares al interponer una acción en defensa de los derechos e intereses colectivos, este fallo es una muestra clara de cómo "las acciones populares pueden ser un instrumento eficaz en materia ambiental para abordar conflictos ambientales complejos, incidir en políticas públicas, exigir la inversión de recursos, coordinación de acciones y seguimiento a las mismas" (Londoño et ál., 2018)

Así, con el fin de lograr una gestión integral para la cuenca del río de Bogotá, su recuperación y su desarrollo sostenible, la sentencia analiza la interacción de las autoridades con sus respectivas competencias en materia ambiental buscando una debida coordinación entre sus funciones, de la siguiente manera:

Tabla 1. Identificación de los actores según tipología funcional en la Región Hídrica de Cundinamarca-Bogotá (RHCB)

	Actores o tipología funcional	Formulación de políticas y normas	Planeación y administración del agua	Planeación del territorio y usos del suelo	Generación de conocimiento e información	Seguimiento, monitoreo y control	Prevención y mitigación del riesgo
Orden nacional	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	X		X	X	X	
	Ministerio de Salud y Protección Social (Instituto Nacional de Salud)	X			X	X	X
	Ministerios sectoriales (Agricultura, Minas y Energía, Vivienda, etc.)	X		X	X		
	Departamento Nacional de Planeación	X		X	X	X	
	Comisión Reguladora de Agua Potable	X	X			X	
	Superintendencia de Servicios Públicos	X				X	
	Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales	X			X	X	

	Actores o tipología funcional	Formulación de políticas y normas	Planeación y administración del agua	Planeación del territorio y usos del suelo	Generación de conocimiento e información	Seguimiento, monitoreo y control	Prevención y mitigación del riesgo
Orden nacional	Autoridades ambientales (Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, Corporinoquia, Corpoguavio, Cormacarena, Secretaría Distrital de Ambiente)	X	X	X	X	X	X
	Unidad de Parques Naturales (Chingaza y Sumapaz)	X	X	X		X	X

Nota: los datos de la tabla fueron extraídos del fallo de segunda instancia del sobre la protección de río Bogotá. Dentro del fallo, se presentan a nivel nacional, regional y local, pero para efectos de la demostración de la coordinación entre autoridades en este artículo se tomarán como referencia únicamente las autoridades nacionales.

Fuente: Consejo de Estado (2014).

De esta manera, los magistrados ponentes de los fallos de primera y de segunda instancia actuaron en virtud del principio de oficiosidad, buscando la efectiva protección de los derechos a través de la coordinación de las diferentes autoridades, y generaron un entramado institucional con un verdadero esquema de coordinación y articulación no visto nunca antes en materia ambiental en el país.

En consecuencia, esta sentencia declaró responsables de la contaminación del río Bogotá a todos los habitantes e industrias que durante al menos treinta años han, por ejemplo, realizado vertimientos domésticos e industriales en la cuenca, haciendo igualmente responsables por omisión al Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, el Departamento de Cundinamarca, el Distrito Capital de Bogotá y todos los municipios aferentes a la cuenca (Güiza Suárez et ál., 2015).

Por último, este fallo concretó la implementación de instancias de seguimiento de la sentencia y observatorios para este proceso, como el Consejo Estratégico de Cuenca y el Observatorio Regional Ambiental y de Desarrollo Sostenible del Río Bogotá (Obarbo), logrando así aumentar significativamente la probabilidad de cumplimiento (Güiza Suárez et ál., 2015).

Así, se constituye en uno de los fallos más importantes tanto en materia ambiental como en material de acciones constitucionales, pues demuestra tanto la importancia de la acción como la fuerza vinculante que pueden llegar a tener

estas decisiones si el juez actúa de forma oficiosa y con conocimiento de las competencias de las autoridades y el presupuesto necesario para darle cumplimiento a las órdenes.

2.3.6. Conclusiones

De lo descrito anteriormente, se puede llegar a algunas conclusiones como las que siguen:

- Las acciones populares han evidenciado, a pesar de los obstáculos normativos, gran potencial para lograr la protección de los derechos e intereses colectivos, especialmente ante casos en los que se logre determinar las autoridades responsables y las acciones claras frente a la protección de los derechos.
- Para lograr la protección efectiva de los derechos e intereses colectivos es necesario que los jueces que conocen de la acción actúen de forma diligente dentro del trámite de la acción popular; sin su oficiosidad, resulta profundamente difícil para el actor popular asumir la carga que implica llevar a trámite la acción.
- La acción popular fue consagrada dentro de la Constitución Colombiana con el fin de darle a los ciudadanos herramientas reales para lograr la protección de una amplia gama de derechos de rango constitucional. Sin embargo, la intención del constituyente y del legislador, que reguló posteriormente la acción, se ha visto desnaturalizada por modificaciones legislativas que pueden dificultar el acceso a esta herramienta.
- Algunas modificaciones legislativas posteriores a la Ley 472 de 1998 han llevado a dificultar la acción popular, por cuanto cada vez es más difícil para el ciudadano acceder a esta herramienta en virtud únicamente del

principio de solidaridad, enfrentándose en la actualidad a una asimilación con la gratuidad, que impone una carga desproporcionada en el ciudadano.

- Las modificaciones a las acciones populares generadas por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo han sido catalogadas como regresivas frente a la protección de los derechos por generar requisitos rigurosos que obligan a las comunidades, como actores, a necesitar conocimientos jurídicos para la presentación de la acción. Por esto, la pedagogía en derechos humanos se vuelve fundamental para el fortalecimiento de las comunidades y, en consecuencia, de la acción constitucional.
- Para lograr que esta acción tenga mayor efectividad, eficacia y legitimidad, es necesario acercarla nuevamente a los ciudadanos, asegurando que las comunidades afectadas en sus derechos puedan entender el nuevo funcionamiento de la acción y las herramientas con las que cuentan para la defensa de sus intereses. En consecuencia, los actores diferentes a los demandados dentro del proceso —entiéndase el ministerio público y el juez— deben propender por la participación real y efectiva de los interesados y salvaguardar el correcto funcionamiento de la acción a través de un rol activo y garante.

Bibliografía

Álvarez, M. A. (2000). Panorama general de las acciones populares y de grupo. En Defensoría del Pueblo, *Los derechos e intereses colectivos. Defensa a través de las acciones populares* (pp. 33-38). Bogotá: Imprenta Nacional.

Barón, M. (2010). Las acciones populares y de grupo en el derecho comparado. *Civilizar, 10*(19), 23-42.

Congreso de la República de Colombia, Ley 472 de 1998 (5 de agosto). Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* nº 43.357.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011 (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* nº 47.956.

Consejo de Estado, Sección Primera. (2009). Exp. 07001-23-31-000-2005-00014-01(AP). Sentencia de 13 de agosto. M. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Consejo de Estado, Sección Primera. (2014). Rad. 25000-23-27-000-2001-90479-01 (AP) del 28 de marzo. M. P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado. (2015). Sentencia 2010-00343 del 29 de octubre. Rad. 66001233100020100034301. M. P. Stella Conto.

Consejo de Estado, Sección Primera. (2017a). Rad. 76001-23-31-000-2011-01300-01(AP) del 30 de marzo.

Consejo de Estado, Sección Primera. (2017b). Rad. 88001-23-33-000-2014-00040-01(AP) del 8 de junio.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia C-630 del 24 de agosto. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-176 del 11 de abril. M. P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-596 del 25 de septiembre. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Güiza Suárez, L., Londoño Toro, B. & Rodríguez Barajas, C. D. (2015). La judicialización de los conflictos ambientales: un estudio del caso de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá

(CHRB), Colombia. *Revista Internacional de Contaminación Ambiental, 31*(2),195-209.

Londoño, B., Torres, M., Lozano, M., Zuluaga, C. Arias, A. M., Pérez, G., Cortés, T. (2018). *Boletín de investigación: 20 años de la ley de acciones populares en Colombia. Balance y desafíos 1998-2018.* Recuperado de http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/18975

Londoño-Toro, B., González, A. & Figueredo, G. (2009). Diagnóstico del impacto de la ley colombiana de acciones populares y de grupo en sus primeros diez años de vigencia. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 126,* 1339-1371.

Páez, A., Lamprea, E. & Vallejo, C. (2017). Medio ambiente y acciones populares en Colombia: un estudio empírico. *Vniversitas, 134*, 209-247.

Pérez Amaya, N. & Senior Serrano, S. (2018). Las acciones populares y su eficacia para la defensa del ambiente sano. En G. A. Rodríguez (ed.), *Justicia ambiental en Colombia. Ejercicio Participativo a través de las acciones constitucionales* (2ª parte, pp. 111-137). Bogotá: Editorial Ibáñez.

Pérez, S., Otero, I. & González S. (Eds.). (2019). *La acción popular. Análisis evolutivo de algunas temáticas en los 20 años de vigencia de la ley 472 de 1998.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rolla, G. (2012). La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de Justicia Constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 16*, 329-351.

Sarmiento Palacio, G. (2006). *Las acciones populares en el derecho privado colombiano.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Senior Serrano, S. & Nieto Rodríguez, M. A. (2014). Globalización y exigibilidad de los derechos humanos en Colombia:

el requisito de la Ley 1437 de 2011 sobre acciones populares. *Revista Arje Internacional, 2*, 16-21.

Torres Villarreal, M. L. & Iregui Parra, P. M. (2017). Las modificaciones legislativas a las acciones populares en Colombia: ¿avance o retroceso? *Revista de Derecho, 48*, 131-162.

Parte 3
Acción de grupo

3.1
Obstáculos para el ejercicio de las acciones de grupo: una alternativa desde el arbitraje social

María Lucía Torres-Villarreal*
Paola Marcela Iregui-Parra**

Resumen
Las acciones de grupo surgen en el ordenamiento jurídico colombiano con la Constitución de 1991 como un mecanismo que facilita el acceso a la justicia de personas que se han visto afectadas por una causa común y se entienden como una herramienta de economía procesal y eficiencia en la protección de derechos, pero también como la forma en que las personas pueden obtener reparaciones por perjuicios que, si no fuese por

* Abogada de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho con énfasis en Derechos Humanos, candidata a doctora en Derecho de la Universidad del Rosario, directora del Grupo de Acciones Públicas (GAP), profesora de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. Correo electrónico: maria.torres@urosario.edu.co

** Abogada de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho Administrativo, estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario. Profesora de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. Correo electrónico: paola.iregui@urosario.edu.co

esa vía, no reclamarían. Sin embargo, la práctica de las acciones de grupo ha revelado una serie de obstáculos que se evidencian en el escenario procesal y que confrontan a los ciudadanos con los objetivos reales de dicha acción. En medio de las dificultades que plantea la norma que reglamenta las acciones de grupo, las falencias no saneadas por la jurisprudencia y un reduccionismo de las acciones al plano netamente procesal, que olvida las características propias de su esencia, el arbitraje social empieza a considerarse como una alternativa para la defensa de esas causas que pudieran estar quedando impunes al sentir que el acceso a la justicia por las vías ordinarias es cada vez más complejo.

Palabras clave: acción de grupo, arbitraje social, acceso a la justicia, Ley 472 de 1998, Ley 1563 de 2012, eficiencia y economía procesal.

3.1.1. Introducción

El constituyente, al consagrar un catálogo de derechos en el texto constitucional, también creó los mecanismos judiciales de protección con la finalidad de dotar de herramientas para hacerlos exigibles, como es el caso de las acciones de tutela, cumplimiento, populares y de grupo (Torres-Villarreal & Iregui-Parra, 2017, p. 140). Las acciones constitucionales son algunas de las innovaciones más progresistas de la Constitución de 1991 para la protección de derechos e intereses colectivos que propugnan por la integridad del orden jurídico y por la protección de derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas o privadas.

La acción de grupo, consagrada en el artículo 88 de la Constitución, es un mecanismo creado para *reclamar la indemnización de perjuicios* causados a un número plural de

personas. Entonces, "las acciones de clase o grupo constituyen un mecanismo de defensa judicial frecuentemente utilizado por una categoría o clase de personas determinadas, que pretenden lograr una indemnización resarcitoria económica, del perjuicio ocasionado por un daño infringido en sus derechos e intereses" (Londoño Toro, 1999, p. 104).

En consonancia con lo anterior, el legislador, mediante la Ley 472 de 1998, reguló las acciones colectivas del artículo 88 de la Constitución Política bajo dos modalidades: las acciones populares para "la protección de los derechos e intereses colectivos" y las acciones de grupo, pensadas como aquellas "originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas". Ha señalado la doctrina y la jurisprudencia que las acciones populares buscan la protección de los derechos colectivos, mientras que las de grupo tiene un fin netamente indemnizatorio con ocasión de los perjuicios causados por un hecho común a un número plural de personas (Esguerra Puertocarrero, 2014, p. 237). Además de la regulación de carácter legal, que para algunos autores "era débil y en muchos casos incoherente" (Londoño Toro & Carrillo, 2010), la jurisprudencia ha sido un mecanismo para la definición de aspectos que han suscitado controversia en la aplicación de la Ley 472 de 1998, como, por ejemplo, temas como la legitimación (Consejo de Estado, 2004), los derechos protegidos (Corte Constitucional, Sentencia C-2015 de 1999), la caducidad, las exigencias procesales y el trámite general de la acción de grupo.

A pesar de los esfuerzos del legislador y de la jurisprudencia por tener una regulación clara y coherente, en algunos casos el litigio en acciones de grupo es complejo cuando los jueces desconocen que se trata de una acción constitucional, con procedimiento propio, olvidando la relevancia social que le reconoció el constituyente para la reparación de daños masivos

y de entidad moderada, entendiéndolas como "un instrumento para que los pequeños perjuicios que individualmente se les causan a los consumidores, que terminan siendo un perjuicio gigantesco cuando se suman todos ellos, puedan tener un instrumento jurídico para hacerse valer" (Bermúdez Muñoz, 2007, p. 61). En este sentido, "cualquier restricción que se introduzca a este tipo de acción atenta contra el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia" (Bermúdez Muñoz, 2007, p. 28), porque se restringe la posibilidad de reclamar por ese tipo de daños. Entonces, las dificultades que se tienen en la práctica al crear nuevos requisitos o no tener claridad de cómo aplicar la norma hacen que se vuelva lenta la acción e impiden el cumplimiento de los principios en que se cimienta la misma. En este sentido, la propuesta reflexiva que se plantea en este escrito se sustenta en la siguiente pregunta: ante las dificultades que se identifican en la regulación de las acciones de grupo y, con ello, la complejidad en el ejercicio práctico, ¿puede considerarse el arbitraje social como un mecanismo alternativo que permita tramitar esta acción por parte de un grupo de afectados para la materialización del acceso a la justicia?

Con ocasión de la pregunta, el objeto de este capítulo es analizar la regulación existente en materia de acción de grupo e identificar aspectos que en la práctica tornan complejo el uso de estas acciones, en el formato y para los fines que las pensó el Constituyente y, en consecuencia, proponer el arbitraje social como un mecanismo alternativo para casos propios de acción de grupo en los que se pretenda la indemnización de perjuicios que, por su condición, de forma individual no serían llevados a la justicia ordinaria y que si fuese a través de la acción de grupo podrían resultar dispendiosos, ineficientes e ineficaces.

Para ello, el capítulo se organizará en tres apartados: el primero revisa el origen y la naturaleza de la acción de grupo en el ordenamiento jurídico colombiano desde su concepción en la Asamblea Nacional Constituyente, pasando por su incorporación en el texto constitucional y su reglamentación; el segundo, desde una perspectiva crítica y reflexiva, plantea algunos de los obstáculos identificados en el ejercicio de las acciones de grupo desde la interpretación de la ley que las regula y las sentencias que ha proferido la Corte Constitucional; el tercero revisa cómo la legislación arbitral está acorde con los principios constitucionales en los que se sustentan las acciones de grupo y, en el mismo sentido, sería dable aplicar su procedimiento para adelantar este tipo de acciones en una justicia alternativa a la ordinaria, entendiendo esta como una posibilidad para que los ciudadanos que requieren acceder a la justicia sumen sus causas individuales (Guayacán Ortiz, 2013, p. 406) y puedan hacerlo sin tener que verse enfrentados al desgaste que representan esos obstáculos en el trámite judicial.

Las reflexiones y críticas propuestas en este escrito se derivan de iniciativas adelantadas al interior de la línea de investigación sobre mecanismos de protección de los derechos humanos, dentro del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, a través de proyectos de investigación y asignaturas que se imparten en el pregrado y los posgrados, aunados a las investigaciones del Grupo de Acciones Públicas. En ese sentido, la metodología que se seguirá reviste características cualitativas por tratarse de un análisis dogmático, que procura la revisión de contenidos, doctrinales, normativos y jurisprudenciales y evidencia vacíos legales que implican problemáticas en su ejercicio práctico. Así las cosas, con una connotación descriptiva y reflexiva, se pretende identificar algunas

problemáticas propias de la interpretación y la aplicación del derecho positivo[1] y, en consecuencia, proponer alternativas novedosas que permitan superar dichas problemáticas, atendiendo a los principios constitucionales en que se centran las acciones estudiadas.

Esta investigación deja como principal conclusión que existe la necesidad de adelantar una tarea de revisión legislativa que actualice el ordenamiento jurídico en materia de acciones de grupo y realmente responda a las razones por las cuales estas fueron traídas al cuerpo constitucional, retornado así a los principios de eficacia, eficiencia y relevancia social que fueron marcados por la Asamblea Nacional Constituyente.

3.1.2. Las acciones de grupo en el ordenamiento jurídico colombiano

A pesar de que ya había algunos referentes alusivos a las acciones de grupo en el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en temas de consumidores de bienes y servicios y prácticas de competencia desleal en materia financiera[2] (Camargo, 2006, p. 210; Esguerra Puertocarrero, 2014, p. 235), es la Constitución Política de 1991 la que da rango constitucional a dichas acciones.

[1] Este escrito solo abordará algunas de las problemáticas que se han identificado a partir del análisis de la Ley 472 de 1998 en materia de acciones de grupo, sin que ello represente la totalidad de las problemáticas que en la práctica ha evidenciado el ejercicio de dicha acción.

[2] Entre estos se destaca de manera especial el Decreto Extraordinario 3466 de 1982, "Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones" (2 de diciembre).

Es por ello que el origen de la discusión en la Asamblea Nacional Constituyente sobre la necesidad de las acciones de grupo giró, en un principio, al rededor del tema de la protección de los derechos de los consumidores y los usuarios[3], en virtud de la condición de inferioridad que históricamente han ostentado los consumidores frente a los prestadores de servicios o comerciantes (Camargo, 2006, p. 212). Es claro igualmente que desde ese mismo momento dejaron ver la relevancia social de la acción al referir la pertinencia de esta como medio de acceso a la justicia de causas que, individualmente consideradas, podrían no llegar a ser objeto de un pronunciamiento judicial. Al respecto señalaba el constituyente Guillermo Perry:

> […] una acción ante los Tribunales podría condenar a un determinado productor o suministrador de bienes o servicios por un daño colectivo que él infringió a un gran número de personas de manera similar y que *de ninguna manera se justificaría que fueran objeto de acciones jurídicas independientes, porque no habría la posibilidad de que cada uno de los consumidores afectados llevara a cabo por su cuenta este tipo de acción*, por eso la acción de clase o la acción de grupo de manera muy preferencial se aplica a estos casos, en donde el daño colectivo es suficientemente grande como para que pueda ser tramitado a través de una acción judicial, y una vez establecido se siga de allí la indemnización a cada

[3] El tema de los derechos de los consumidores y usuarios se emplea en este capítulo solamente a manera de contextualización del origen de las acciones de grupo, pero su naturaleza como derecho será analizada por otros autores en el marco de esta obra colectiva.

> uno de los afectados (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, pp. 2-3) [las cursivas son nuestras].

En ese orden de ideas, el artículo 88 del texto constitucional, como se mencionó en la parte introductoria, aborda tanto las acciones populares como las acciones de grupo, a las cuales hace referencia su segundo inciso: "También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares" y ordena al Congreso su reglamentación (art. 89). Partiendo de la base de que se trata de acciones con un fundamento constitucional común, fueron reglamentadas mediante la Ley 472 de 1998[4], pero de forma independiente, estableciendo para cada una sus fines y procedimiento (Corte Constitucional, Sentencia T-191 de 2009) (Bermúdez Muñoz, 2007, p. 65).

La acción de grupo es un mecanismo creado con fines exclusivos de reconocimiento y pago de una indemnización de perjuicios individuales que han sufrido un número plural de personas en virtud de un hecho común (Londoño Toro, 1999, p. 118), elementos que se pueden encontrar en la definición establecida en los artículos 3 y 46 de la Ley 472[5]. Lo anterior quiere decir que en "la acción de *grupo* no proceden las medidas

---

[4] La Ley 1437 de 2011, más conocida como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), trae una referencia a las acciones de grupo en su artículo 145, lo cual plantea un tema de concurrencia de normas, con lo que ello representa en términos de seguridad jurídica para el ciudadano. El asunto en el cual difieren la Ley 472 y la Ley 1437 es el relativo a la caducidad. Para un mayor detalle, ver el libro de Quinche Ramírez (2015, pp. 346-347).

[5] Respecto a los elementos característicos de la acción de grupo, la Corte Constitucional ha proferido sentencias que analizan su procedencia en el ordenamiento colombiano, *v. gr.,* Sentencia C-215/99, M. P. Martha Victoria Sáchica, Sentencia C-116/08, M. P. Rodrigo Escobar Gil, Sentencia C-569/04, M. P. Rodrigo Uprimny,

de *restablecimiento* reservadas al juez de la acción popular, ni procede ninguna medida de reparación distinta que el pago de una indemnización en *dinero*" (Bermúdez Muñoz, 2007, p. 123).

Se trata, pues, de acciones que desde su concepción en la Asamblea Nacional Constituyente, pasando por el alcance de los elementos contemplados en su definición, pretenden sustentar su existencia en unos principios constitucionales que conduzcan a la garantía del derecho de acceso a la justicia (Bermúdez Muñoz, 2007, p. 15); en este sentido, el legislador dejó establecido en el artículo 5º de la misma Ley 472 que el trámite de las acciones consagradas en dicha norma "se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia". Esto quiere decir que las acciones de grupo se conciben como mecanismos que protegen derechos a través del acceso efectivo a la justicia, para lo cual prevalece el derecho sustancial sobre el procesal (Londoño Toro & Carrillo, 2010, p. 29) y se procura la defensa del interés colectivo, pues a pesar de que se trata de perjuicios individuales, el Estado tiene interés en que estos sean reparados (Bermúdez Muñoz, 2007, p. 93; Corte Constitucional, Sentencia C-116 de 2008), de manera que promueve el mecanismo y le da un trámite que, si bien no es preferencial, le proporciona un procedimiento especial, con términos diferentes a los de las acciones ordinarias, más perentorios, que permitan dar paso a las nuevas realidades a las que se enfrentan los sujetos que acuden a estas acciones (Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 1999).

Sentencia C-732/00, M. P. Vladimiro Naranjo, entre otras. Ver, en ese mismo sentido, Quinche Ramírez (2015, pp. 331-333).

El gran logro de la consagración constitucional de las acciones de grupo consiste en reconocerlas y visibilizarlas como un nuevo medio de acceso a la justicia, en razón a que las víctimas, individualmente consideradas, no contaban con un mecanismo para la reclamación de sus perjuicios (Bermúdez Muñoz, 2007, p. 19), que les diera la relevancia y la envergadura que la acción de grupo les permite tener. Señaló el constituyente Pérez González-Rubio que se trata de

> [...] un instrumento para que los pequeños perjuicios que individualmente se le (sic) causan a los consumidores, que terminan siendo un perjuicio gigantesco cuando se suman todos ellos, pueden tener un instrumento jurídico para hacerse valer; *desde el punto de vista social es una medida de incalculable alcance* (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, pp. 4-5) [las cursivas son nuestras].

De lo anterior se colige, entonces, que la posibilidad de entender los daños individuales con magnitud y fuerza, al tratarse como un grupo, evita que el daño se pormenorice o se banalice (Bermúdez Muñoz, 2007, p. 17) y se pierda su relevancia social.

A pesar de lo anterior, la lectura e interpretación de la Ley 472 de 1998 en materia de acciones de grupo no siempre obedece a esos principios y plantea incluso interrogantes frente a su claridad y su eficiencia en el ejercicio práctico (Londoño Toro & Carrillo, 2010, p. 29), por lo que debió haber sido la jurisprudencia la encargada de abordar, con perspectiva social y con base en las premisas del Constituyente, los vacíos o falencias de dicha reglamentación. Sin embargo, en su lugar, se dejan ver unas sentencias basadas en enfoques meramente procesales, que reducen la acción de grupo a un debate ordinario, como si

se tratase de una acción más del ordenamiento y dejan de lado la necesidad de concebirla como una acción sin la cual muchos grupos de personas no podrían acceder a la justicia, bien sea por carencia de recursos físicos o económicos o por considerar que sus perjuicios no guardan una relevancia tal como para poner en marcha, de forma individual, el aparto judicial.

3.1.3. Obstáculos en el ejercicio de las acciones de grupo: más allá de un asunto procesal

Al analizar los contenidos de la Ley 472 se han encontrado algunos aspectos que resultan controversiales frente al alcance de la acción de grupo, pero, sobre todo, que ponen al ciudadano en una situación que lo aleja de la claridad, la eficacia y la celeridad con las que se pensaron estas acciones para que las personas afectadas por una misma causa pudieran unirse para reclamar los perjuicios individuales acaecidos. Este apartado presenta una serie de críticas y reflexiones que se han suscitado desde los derechos humanos, los principios constitucionales y el verdadero querer del Constituyente.

A partir de los elementos establecidos en la definición de la acción de grupo (Congreso de la República Colombia, Ley 472, art. 46), se ha discutido en la academia y la jurisprudencia sobre la exigencia legal de un número mínimo de 20 personas que deben conformar el grupo para que la acción sea viable, máxime cuando la Constitución había hecho alusión simplemente "a un número plural de personas" (1991, art. 88). Esta discusión se ha zanjado por parte de la Corte Constitucional al concluir que es un número con entidad suficiente, que diferenciaría esta acción de otras existentes en el ordenamiento jurídico, y ha señalado que "para la efectiva garantía de los derechos de los grupos poco significativos, menores a veinte, existen claramente otros mecanismos

procesales, como son las acciones individuales, o dentro del ejercicio de estas, la acumulación de pretensiones subjetivas" (Corte Constitucional, Sentencia C-116 de 1998). Sin embargo, desde el análisis de la acción como mecanismo de protección de derechos y de fácil acceso por parte de los ciudadanos, el número de 20 resulta ser alto y no es fácil de consolidar tratándose de grupos determinados.

Esta exigencia de 20 personas es tan cuestionable que vale la pena preguntarse qué tan relevante e indispensable resulta si luego del término de traslado de la demanda, cuando se abre el periodo de exclusiones previsto en el proceso de acción de grupo, pueden salirse tantas personas como gusten, pues la ley no tiene topes mínimos de retiro y en consecuencia la acción, que ya está admitida y en curso, debe continuar con las personas que decidan permanecer en ella, así sean menos de 20.

Cuando se habla de los requisitos para la admisión de la demanda (Ley 472, art. 52), se introduce en la norma la noción de grupos determinados e indeterminados cuando se menciona que son demandantes todos aquellos que se reúnen para la interposición de la demanda, debidamente identificados, o cuando se aportan las características o criterios de identificación para establecer el número de afectados, que vienen siendo los elementos de modo, tiempo y lugar que deberían conducir al juez a concluir que, además de quien interpone la acción, hay al menos 19 personas más en igualdad de condiciones. Pero esto, en la práctica, termina por volverse un problema, pues como lo veremos en el desarrollo de este apartado, la norma, en su estructura y desarrollo, pareciera estar diseñada para el trámite de grupos determinados y por ello, a la hora de hacer efectivos los contenidos de un fallo de acción de grupo, vienen una serie de situaciones que cuestionan la viabilidad en términos del verdadero acceso a la justicia y la eficiencia, como ha

sucedido, por ejemplo, con la acción del caso del botadero Doña Juana (Consejo de Estado, 2012) o la del desplazamiento en el municipio de La Gabarra (Consejo de Estado, 2006).

Resulta igualmente cuestionable que, como lo señala el parágrafo del artículo 48 (Ley 472), quien actúe como demandante representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por el hecho generador, sin necesidad de que cada uno haya ejercido por separado su acción ni haya otorgado poder, en el entendido de que se puede estar inmerso en el trámite de una acción sin quererlo y, a pesar de las exclusiones a que da lugar la norma, estas no resultan suficientes en clave de garantía de derechos.

En ese sentido, es pertinente volver a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-116 de 2008, pues al referirse a la exigencia de 20 personas que integren el grupo, señala que estas deben estar definidas para el momento de admisión de la demanda y no para el momento de su presentación, retomando lo que ya había señalado en la Sentencia C-898 de 2005. En ese sentido, se entrega al juez la labor de definir si los criterios de identificación señalados por el actor en la demanda son idóneos para establecer si se está frente a un grupo de 20 o más personas, lo que resulta realmente complejo de pensar si se tiene en cuenta el tiempo que transcurre entre una etapa y otra, el cual, de conformidad con la norma, es de 10 días. Esto pone en entredicho cómo el juez podrá establecer que los criterios identificadores que fueron señalados por el actor realmente tienen los estándares de modo, tiempo y lugar y son suficientes como para, en un tiempo tan corto, definir el grupo y con ello el acceso a la justicia de quienes procuran usar la herramienta.

Esto necesariamente conduce al lector de la norma a pensar que esta está dada en términos de grupos determinados, pues en un lapso tan corto es el tiempo suficiente para probar que quienes se manifestaron como afectados en la demanda, bien sea por participación directa en el proceso o por identificación plena al otorgar sus datos, realmente reúnen las condiciones para serlo, pero no para identificar a un grupo indeterminado más allá de hacer uso del sentido común por hecho notorio, como sería el caso, por ejemplo, de una toma guerrillera, de un atentado terrorista, de un desastre natural o una situación de emergencia ambiental o social, donde el alto número de afectados es evidente.

Acudiendo un poco a los referentes internacionales de las acciones de grupo (*class actions*), como se verá con mayor desarrollo en el tercer apartado de este escrito, podría considerarse que las acciones de grupo no deberían instaurarse hasta tanto el grupo no esté debidamente certificado o constatado por el juez, pues de esa manera se evita la creación de falsas expectativas respecto de iniciar una acción individualmente, y mencionar los criterios para identificar a los demás, pues en la práctica no es tan sencillo. La administración de justicia, en realidad, solo se pone en marcha luego del periodo de admisión, pero eso no es tan claro para el ciudadano del común en términos de acceso a la justicia (Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 1999).

Ahora bien, pasando a otro elemento crítico que conecta con este primer aspecto, se plantea el tema de la posibilidad de exclusión del grupo (Ley 472, art. 56), la cual sucede por una única vez *en el marco del proceso* de una acción de grupo[6], al

---

[6] La norma también plantea la posibilidad de excluirse *luego de proferido el fallo*, siempre que la persona que no participó en el proceso demuestre que sus intereses no

vencimiento del término de traslado y por un espacio de cinco días. Esto resulta problemático en dos aspectos: (i) porque es un periodo muy corto, además de prematuro, para decidir retirarse de una acción y no verse cubierto por sus efectos: si pensamos que las personas no necesariamente se dan cuenta de la existencia de una acción tan pronto, en relación con el momento de admisión de la demanda, esto conduce a establecer que la norma estaba pensando en quienes hicieron parte formal de la acción de su interposición y no en los que se ven incluidos por quien obra en nombre de todos; y (ii) porque comparativamente con las posibilidades de integrarse al grupo que menciona la norma, este período es mínimo, mientras que la opción de integración está presente casi durante todo el proceso, lo cual termina siendo poco garantista para la protección de los derechos de quien no quiere verse cubierto por el fallo de una acción de grupo, máxime cuando la norma permite que cualquiera inicie una acción en representación de los afectados.

Otro aspecto a revisar es la integración al grupo, pues señala el artículo 55 de la Ley 472 que quienes hayan sufrido perjuicios con ocasión del hecho común podrán hacerse parte del proceso antes de la apertura de la etapa probatoria, entendiendo que la norma está haciendo referencia a la idea de grupo determinado, pues de lo contrario no sería necesaria la integración si ya se forma parte del grupo de afectados y se es representado por quien inició la acción. Esto quiere

---

fueron debidamente representados por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación, situaciones ambas que son bastante complejas de demostrar y que, en especial, ponen de presente otro tema que no heredó nuestro ordenamiento del sistema anglosajón: la constatación, por parte del juez, de la idoneidad de quien actúa en nombre del grupo, e igualmente del abogado que representa a la clase. Esa certificación de capacidad haría innecesario el tener que excluirse del proceso por el hecho de la indebida representación.

decir que la inclusión no tendría ningún sentido si se trata de grupos indeterminados, pues con la referencia de criterios de identificación bastaría para cubrir a todos aquellos que fueran afectados por el hecho generador de los perjuicios.

Sin embargo, no es la única etapa en la que se pueden incluir personas afectadas, pues bajo el argumento de garantías procesales hay un segundo momento luego de proferida la sentencia (Corte Constitucional, 2012); señala el mismo artículo 55 que las personas que no fueron parte del proceso podrán acogerse al fallo dentro de los 20 días siguientes a la publicación de este, si cumplen los requisitos establecidos en la sentencia, mediante un escrito simple, pero sin posibilidad de invocar daños extraordinarios para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiarán de la condena en costas.

Esto resulta, en términos de garantías para el ciudadano, muy relativo, pues muchas personas pueden acogerse luego de la sentencia porque se enteran de la existencia del proceso con la publicación de un extracto de esta en un medio masivo de comunicación y no les es dable hacer valer sus perjuicios, quizá de mayor envergadura que los que están dentro del proceso. Así, terminan haciéndose parte del grupo, pero acogiéndose a las condiciones de indemnización que fueron determinadas en la sentencia de un proceso en el que no pudieron demostrar sus daños y perjuicios. Desde la perspectiva de protección de los derechos, esta supuesta garantía llama mucho la atención porque se trata de permitirle a las personas integrarse al grupo, pero bajo unas condiciones que pueden llevarlos a sacrificar sus derechos más que a obtener una reparación real, bajo la apreciación de que es mejor obtener algo que nada… luego de esto, ¿no le quedarían las vías individuales? (Bermúdez Muñoz, 2007, p. 262). Al respecto, vale la pena reflexionar sobre lo siguiente:

1) No se trata de zanjar la problemática diciendo que para eso existen otras vías procesales, porque por razones de economía procesal, acceso a la justicia y principio de solidaridad se tiene la libertad de acudir a esta acción. Además, si es absoluto el tema de verse incluido por un fallo por ser parte de un grupo indeterminado, ¿dónde queda la libertad de acudir a otras vías procesales?
2) Debería considerarse ese período de integración al grupo antes de proferir la sentencia, pues no es del todo garantista pararse en la premisa de señalar que hay integración en varios momentos si esta realmente no atiende a unos verdaderos estándares de protección de derechos; así, pierde sentido la opción de la integración como mecanismo de protección de los derechos de las personas afectadas. Adicionalmente, este periodo de integración carece de alcance si estamos hablando de grupos indeterminados, pues todas las personas afectadas por los hechos generadores del daño se entienden incluidas en el grupo de la acción interpuesta. Nuevamente la norma está pensando en grupos determinados cuando propone este periodo de integración.
3) Señala el artículo 65 (Congreso de la República de Colombia, Ley 472 de 1998), referido al contenido de la sentencia, que esta deberá incluir el valor de "las indemnizaciones correspondientes a las solicitudes que llegaren a presentar oportunamente los interesados que no hubieren intervenido en el proceso y que reúnan los requisitos exigidos por el Juez en la sentencia". Esto siempre llama la atención en las búsquedas que adelanta el Grupo de Investigación

en relación con el análisis normativo de estas acciones y en las asignaturas en las cuales se imparte este tema y se analizan las normas, frente a lo cual vale la pena cuestionarse: ¿cómo hace el juez para estimar el número de personas y, en consecuencia, el valor del monto de las indemnizaciones de las personas que eventualmente puedan llegar a integrarse? Esto es lo que realmente define si es garantista o no la etapa, pues no se trata simplemente de incluir una indemnización porque sí, pues debe tenerse presente que es un monto que no va a aumentar, así los daños de las personas que se presenten en el periodo posfallo sean mayores en términos de gravedad y valor.

4) La sentencia C-242 de 2012 dice que esta etapa de integración evita el desgaste de los particulares y de la administración de justicia, pero realmente se trata más de un escenario que termina creando un problema de acceso real y efectivo a la justicia, pues ya ha dicho la misma Corte Constitucional que no basta con acceder al aparato, ya que acceder a la justicia es que esta se imparta adecuada, justa y oportunamente.

Este tema deriva hacia otra situación problemática que se refiere al escenario que hace efectiva la indemnización. El Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos de la Defensoría del Pueblo, encargado de la ejecución de dichos pagos (Ley 472, art. 71, literal e), se ha referido a las dificultades que en la práctica representan los grupos indeterminados, como en el caso del botadero Doña Juana, pues se trata de fallos dados en términos de caracterización de personas, mas no de personas individualmente identificadas. Esto se traduce en un problema, toda vez que algo que debería ser

un trámite meramente administrativo adquiere matices judiciales; una vez sale un fallo de acción de grupo, las personas que se ven cubiertas por este en virtud de las circunstancias de modo, tiempo y lugar identificadas dentro del fallo deberán acercarse al mencionado Fondo para hacer efectivo el pago. Sin embargo, como las personas no están individualizadas en el fallo, el Fondo tiene que hacer un ejercicio semejante al que hace el juez para identificar si la persona realmente se ajusta a los parámetros establecidos por el juez en la sentencia y así proceder a indemnizar. Entonces, lo que era una labor administrativa de simple verificación se extrapola a una labor de identificación y constatación de que las personas que se acercan y aluden ser afectadas por el hecho generador realmente lo son, además de verificar en qué subgrupo de caracterización encajan para saber con cuánto debe indemnizarse y hacer el trámite de pago, es decir, una labor casi judicial en su esencia. Esta norma, una vez más, deja ver que se trata de una disposición que fue pensada para grupos determinados, donde el Fondo sencillamente verificaba la inclusión de la persona en el fallo, los requisitos administrativos y pagaba la indemnización.

A juicio de las autoras, resulta necesario un ajuste legislativo en este sentido, que señale de forma precisa la manera en la que el juez debe establecer las condiciones para que quienes se consideren afectados y no formaron parte del proceso encajen en dichas características, puedan acogerse al fallo y reclamar la indemnización. Señala la Defensoría del Pueblo que

> […] se han presentado inconvenientes por falta de claridad de los jueces competentes, quienes en primer lugar, no están cumpliendo con la obligación legal de conformar el grupo a indemnizar, tampoco precisan con exactitud en las sentencias los requisitos que deben cumplir las personas que

> tienen intereses en formar parte del grupo y las oportunidades establecidas por la ley para el efecto, propiciando una interpretación desafortunada de la norma por parte de los beneficiarios y de los abogados litigantes (Londoño Toro & Carrillo, 2010, pp. 198-199).

Finalmente, se hace referencia a un tema abordado con mayor frecuencia en los últimos años y que puede resultar cuestionable. Se trata de la procedencia de acciones de grupo en casos de graves, masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, pues en estos escenarios los fallos no se limitan a aspectos pecuniarios y tienen que abordar aspectos declarativos como las garantías de no repetición, las reparaciones simbólicas, la verdad y la justicia, entre otros elementos que forman parte de los estándares internacionales para este tipo de situaciones y que son aspectos de los cuales, en principio, no tiene por qué ocuparse el juez en la acción de grupo, pues terminaría variando, ciertamente, su naturaleza jurídica (Bermúdez Muñoz, 2007, p. 123). Reunir a 20 personas que quieran formar parte de un proceso judicial para satisfacer esa exigencia, con todo lo que ello implica en términos de tiempo, recursos y manejo, no es fácil; mucho menos el hecho de que una persona decida iniciar el proceso en representación de "todos aquellos que estaban en las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar", donde se trata de casos de grupos indeterminados y pueden terminar generalizándose los perjuicios para proceder al pago de indemnizaciones" (Bermúdez Muñoz, 2007, p. 148); esto aunado a todas las reflexiones propuestas líneas atrás para las acciones de grupo en general y que son aplicables a estas, por supuesto.

Así las cosas, el quehacer diario de las acciones de grupo se ha vuelto un entramado procesal que está lejos de ser una herramienta clara y expedita, alejándose de cierta manera de

los presupuestos que dieron lugar a su incorporación en el cuerpo constitucional y que la postulaban como una herramienta de protección de derechos, propia del Estado social de derecho, como lo señala la Sentencia C-242 de 2012. Esto pone de presente la necesidad de reflexionar sobre los mecanismos ordinarios de acceso a la justicia y empezar a pensar en el ejercicio de mecanismos alternativos que puedan dar a los ciudadanos la verdadera eficacia, eficiencia y celeridad en la indemnización de aquellas causas que, sin contar con una herramienta especial como la acción de grupo, no podrían ser reclamadas.

3.1.4. El arbitraje social: una propuesta de acceso a la justicia en el marco de las acciones de grupo

Ante los aspectos procesales que se han identificado, se propone en este apartado explorar el procedimiento arbitral como una posibilidad para tramitar las acciones de grupo, lo cual implicaría algunas modificaciones legislativas de dicha acción que, de cualquier manera, hoy se hacen necesarias. Lo anterior parte de que el arbitraje es un mecanismo que, por la celeridad en su procedimiento y la flexibilidad, permitiría alcanzar mayor optimización de los principios constitucionales de eficiencia, eficacia, seguridad jurídica[7], economía procesal y prevalencia del derecho sustancial en la protección de derechos, principios en los cuales también se cimienta la acción de grupo, tal como se señaló en apartados anteriores. Esto sería novedoso para nuestro ordenamiento, pero ha sido

---

[7] El propósito principal es evitar el riesgo de pronunciamientos contradictorios para casos iguales. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de tutela del 11 de mayo de 2001, expediente nº 1100122030002001-0183-01. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

ampliamente desarrollado por el sistema anglosajón, particularmente en Estados Unidos, a través de las *class actions*, que sin duda fueron un referente para la creación de este tipo de acciones en Colombia (Baker, 2009, p. 335)[8].

Dando continuidad a lo anterior, para efectos de exponer la compatibilidad entre la acción de grupo y el trámite arbitral, en razón de sus elementos sustanciales, es importante tener presente que la acción de grupo persigue exclusivamente una indemnización, lo que se concreta en una suma tasable en dinero de la cual las personas pueden disponer. Esa indemnización se deriva del valor de los perjuicios individuales que cada una de las personas del grupo ha sufrido, lo que los convierte en derechos transigibles, susceptibles de conciliación, como lo establece la Ley 472 de 1998 (art. 61), o vía arbitramento (art. 1 de la Ley 1563 de 2012), como proponemos a continuación. Este es el punto en que las dos legislaciones coinciden, en la medida en que la procedencia del arbitramento está condicionada a que el derecho discutido sea susceptible de transacción y los derechos patrimoniales tienen esta virtud. Entonces, los derechos debatidos en la acción de grupo "son disponibles por los particulares" (Bermúdez Muñoz, 2007, p. 20), al igual que las controversias que se tramitan vía arbitramento, porque "en el fondo de todas las normas que regulan el arbitraje, late como principio fundamental el de la renunciabilidad de los derechos subjetivos privados" (Chillón Medina & Merino Merchán, 1991, p. 27).

---

[8] Estados Unidos ha sido el país en que más acciones de clase se han tramitado vía arbitramento, lo cual lo convierte en una nación que está a la vanguardia de la protección de los derechos de los consumidores y, en general, de los derechos amparados por las acciones de clase.

Lo que realmente da valor a la acción de grupo es la posibilidad de tramitar causas que son entendidas como daños de entidad moderada (Bermúdez Muñoz, 2007, p. 114), esto es, aquellos daños que individualmente considerados pueden no representar un monto significativo susceptible de ser reclamado ante la justicia. El hecho que el legislador le haya dado un procedimiento propio a las acciones de grupo las hace autónomas y diferentes de las demás figuras del ordenamiento jurídico, innovadoras y novedosas, tal y como sucede con el arbitramento como mecanismo alterno a la administración de justicia.

El trámite de una acción de grupo a través del procedimiento arbitral sería posible siempre y cuando las partes así lo decidan mediante un pacto o en el eventual caso en el que exista una cláusula compromisoria, lo que materializa el principio de voluntariedad al permitir que las partes acuerden sustraer de la competencia de los jueces ordinarios su controversia (Aravena Arredondo, 1969, pp. 106-107). En este sentido, al hablar de las acciones de grupo vía arbitramento estaríamos frente a dos posibles escenarios: el arbitraje regular y el arbitraje social.

En Colombia, la Ley 1563 de 2012, también conocida como el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, plantea una nueva tipología arbitral además de las ya conocidas en el país: el arbitraje social. A través de esta figura, se busca garantizar que las personas de bajos recursos, las pequeñas causas o las pequeñas empresas puedan acudir de forma gratuita a un centro arbitral para solucionar sus controversias y de esta forma acceder a la justicia a través del arbitraje, el cual ha demostrado ser un mecanismo de solución de conflictos ágil y eficaz, pero que no es de fácil acceso para todas las personas, no solo por desconocimiento, sino por los altos costos económicos que su utilización implica (Pico Zúñiga, 2013).

El arbitraje social se encuentra regulado específicamente en el artículo 117 del Estatuto de Arbitraje y en su reglamentación, dada en el Decreto 1829 de 2013, y se caracteriza porque busca resolver primordialmente controversias de mínima cuantía, esto es, de hasta 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes o más, de acuerdo a la decisión del centro arbitral respectivo, ya que la norma indica que el centro puede aceptar cuantías superiores a la indicada. Como ya se mencionó, es gratuito y, por lo tanto, quienes acudan a este servicio no deben pagar ni tarifas de administración al centro de arbitraje ni honorarios al árbitro o al secretario que lleve el caso. Así mismo, las partes no requieren de un apoderado, por lo tanto tampoco deben pagar un abogado. Los centros de arbitraje y conciliación deberán establecer las condiciones en que se preste esta modalidad de arbitraje, ya que se puede desarrollar mediante procedimientos especiales, breves y sumarios dispuestos por cada centro, siempre y cuando sean autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho[9].

En ese orden de ideas, las líneas siguientes sustentan la posibilidad de tramitar acciones de grupo a través del procedimiento arbitral a partir de los mismos elementos de análisis que se emplearon para realizar las críticas frente a la acción de grupo, en la segunda parte de este escrito.

En primer lugar, retomando la idea expuesta en torno a la interpretación del alcance de la Ley 472 en lo relacionado con la identidad del grupo, la viabilidad de la acción de grupo en desarrollo de la Ley 1563 estaría circunscrita para grupos

---

[9] Un claro ejemplo de esto es el Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Mipymes y Arbitraje Social del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. A través de esta figura se realizan jornadas gratuitas que buscan que el arbitraje sea un mecanismo de fácil acceso para todos.

determinados o determinables, pero con plena identificación de los afectados en el laudo que ponga al fin proceso. Esto permitiría, entre otras cosas, la posibilidad de que los afectados que quieran dar inicio a la referida acción puedan establecer, en virtud de la voluntariedad, si quisieran adelantarla a través de la vía ordinaria o de la arbitral, lo cual podría lograrse a través de dos vías[10]: por la existencia de una cláusula compromisoria, en el caso de aquellas causas en las que los perjuicios individuales se deriven de una indebida actuación del contratista o el hecho generador esté dado en una actuación contractual[11]; o porque una vez ocurrido el daño se suscribe un pacto entre los afectados en el que se consagra la decisión de resolver la controversia mediante el procedimiento arbitral.

En este punto vale la pena traer a colación el requisito de certificación de la clase, que existe en la Regla 23 Federal, por medio de la cual se regula el procedimiento de las *class actions* en Estados Unidos, como un punto sobre el que resulta pertinente reflexionar de cara a las falencias y los problemas que se detectan en el caso colombiano en relación con la identidad de los grupos. En este sistema, se establece una etapa prejudicial en la que se hace un llamado público para que las personas que crean estar afectadas por determinado producto, actuación o servicio puedan ser parte de la clase que permitirá el inicio de la *class action* ante la justicia; esto quiere decir que el grupo se conforma de manera precisa antes de dar inicio a la actuación judicial y luego de que el juez certifica que en efecto se

[10] Según la Ley 1563 de 2012, artículo 3, los conflictos que se susciten o se han suscitado, si son transigibles, pueden ser por árbitros, lo que comporta la renuncia a hacer valer las pretensiones respectivas ante los jueces del Estado.

[11] Al respecto, es importante destacar la acción de grupo vía arbitramento tramitada en Colombia conocida como el Laudo Arbitral "Luis Alberto Duran Valencia *vs*. Bancolombia S. A. y otros" (2004).

trata de una clase que cumple las características establecidas en la Ley 23 (numerosidad, similitud, tipicidad y capacidad adecuada para la representación) (Londoño Toro & Carrillo, 2010, p. 223) y que, en consecuencia, pueden ser destinatarios de los beneficios que eventualmente se otorguen en el fallo (Londoño Toro & Carrillo, 2010, p. 235).

Estas características, lamentablemente, fueron adoptadas de forma parcial o no fueron adoptadas en la reglamentación de las acciones de grupo; por ejemplo, en el sistema anglosajón la numerosidad no está sujeta a un número mínimo de afectados, simplemente hace alusión a la pluralidad de legitimados para actuar; lo que sucede es que con la publicidad que se hace de forma masiva y pública con el fin de conformar la clase suelen ser miles o centenares las personas que acuden en calidad de afectados (Carrillo, 2009, p. 114). Esto quiere decir que la exigencia de un número determinado de personas termina por convertirse en un requisito para acceder a la justicia y disminuye la posibilidad de ventilar las causas ante la jurisdicción a los afectados, incluso gravemente, solo por el hecho de reunir a tantas personas como se exige. De igual manera, la legislación colombiana omite el requisito de verificar la capacidad de quien actúa en representación de los demás miembros de la clase, así como la idoneidad de quien obra como apoderado; dicha verificación conduce a evitar que se actúe en beneficio de intereses propios y verdaderamente se representen los intereses de la clase.

Pensar en una iniciativa de esta naturaleza para el caso colombiano resultaría novedoso y además ayudaría a resolver las problemáticas que se plantean en la práctica cuando se inician acciones de grupo sin identificación precisa de los afectados, sino con características de determinabilidad, las cuales, en términos de la Corte Constitucional, deben ser presentadas por

el actor en su demanda y evaluadas por el juez al momento de la admisión de la misma (Corte Constitucional, Sentencia C-116 de 2008), lo cual acarrea las consecuencias y dificultades ya enunciadas, aunadas a un desgaste para el aparato judicial y administrativo, porque luego ello repercutirá en el cumplimiento del fallo. La certificación del grupo en la justicia arbitral le permite al árbitro conocer claramente a los afectados, bien porque son parte del contrato que da origen a los daños que llevan a esta acción (cláusula compromisoria) o porque al revisar y constatar la existencia del grupo se evidencia la voluntad de quienes lo conforman de querer adelantar el proceso por esta vía (pacto arbitral).

En cuanto a los "ausentes", estos se verían cobijados por el eventual laudo en virtud de la cláusula compromisoria que los hace parte del grupo; cuando está de por medio dicha cláusula, es decir, cuando se activa la competencia del árbitro por pacto arbitral, el laudo cubriría a aquellos que se certificaron antes de dar inicio al proceso o, como sucede en la justicia ordinaria, a aquellos que deseen formar parte del grupo y se integren desde la admisión de la demanda y hasta antes del inicio del periodo probatorio, bajo la premisa de suscribir el pacto arbitral, dar la competencia al árbitro para fallar y verse cubiertos por la decisión del laudo. En ese sentido, aquellos que, para el momento del laudo, no se vincularon al proceso, no se ven cubiertos por el laudo y tendrían a su disposición las vías ordinarias para reclamar su indemnización. De igual manera, se considera inaplicable e inviable la posibilidad de integrarse al grupo en un periodo posterior a que se profiera el laudo, no solo porque choca con la naturaleza jurídica de la competencia del tribunal arbitral, sino además por todas las razones por las cuales se cuestionó dicho término en el acápite del procedimiento ordinario de las acciones de grupo.

Esta última observación trae a colación un tema que también suele discutirse en el marco del proceso de las acciones de grupo y es lo relacionado con el alcance de la conciliación prevista en dicho proceso, toda vez que se trata de una etapa que está prevista incluso antes del cierre del periodo de integración al grupo y que además implica negociar con los derechos de terceros ausentes y sus perjuicios (Tamayo Jaramillo, 2018).

Para cerrar este apartado, podría señalarse que, a pesar de la compatibilidad entre los procedimientos estudiados, en la actualidad no se han desarrollado trabajos extensos o profundos sobre la posibilidad de tramitar acciones de grupo vía arbitramento. Sin embargo, entre los documentos encontrados sobre el tema concreto se destaca una ponencia del doctor Hernando Herrera, donde expone su opinión personal sobre el impacto de las acciones constitucionales en el arbitramento y menciona que, a simple vista, las legislaciones y las materias son conformes (Herrera Mercado, 2009, pp. 220-230) y nada obstaría para que se pudieran tramitar acciones de grupo vía arbitraje (Brito Zúñiga, 2019). Si bien ya hay referencias al uso del arbitraje para el trámite de acciones de grupo en el ordenamiento colombiano, esta es aún una práctica incipiente tanto para los ciudadanos como para los abogados y los centros de arbitraje (Ramírez Huertas, 2015), lo que incluye una ausencia de conocimiento y pedagogía al rededor del arbitraje social para pequeñas causas, a pesar de existir escenarios como el trabajo pro bono, lo que daría mayor impacto y relevancia a la figura.

3.1.5. Conclusiones

La acción de grupo supone, para cada persona afectada por el hecho dañoso, el ofrecimiento de una vía procesal alternativa, clara y expedita para buscar el reconocimiento y la responsabilidad del autor del hecho generador, con el fin de facilitar

el acceso a la administración de justicia. Esto quiere decir que se ve como una herramienta distinta a las existentes en el ordenamiento jurídico, con matices de eficiencia en procura de proteger a grupos de personas afectadas por daños de entidad moderada para lograr el adecuado y pronto acceso a la justicia sobre la base del principio de solidaridad.

Si bien no ha sido tan ampliamente utilizada como otras de su misma naturaleza (*v. gr.*, acciones populares o tutela), esto no necesariamente se debe a la exigencia del *ius postulandi* para interponerla; ello puede atribuirse a las dificultades que en la práctica afronta el ciudadano para su ejercicio, lo cual termina sacrificando el fin de la acción en términos de eficiencia y eficacia, pues los contenidos de la norma que la reglamenta parecieran estar dispuestos de una manera clara, sencilla y laxa, pero en la práctica ello ha repercutido en un abanico de interpretaciones por parte del operador judicial que terminan afectando el alcance y la naturaleza jurídica del mecanismo.

En ese sentido, la norma podría ser más clara en algunos puntos y podría contribuir para hacer un poco más congruentes los fines de la norma con la forma en que se ejerce. De igual forma, la jurisprudencia podría ser más cercana a la realidad y abordar las falencias que en la práctica se evidencian, desde una perspectiva de protección de derechos más solidaria y eficiente en los términos del Constituyente. Hoy quizá la acción de grupo funciona, es decir, estos obstáculos son sobrellevados a partir de las prácticas de los despachos judiciales, pero en aras de dar garantías al ciudadano desde la naturaleza de la acción como mecanismo de protección de derechos y de participación ciudadana, las normas podrían ser un poco más claras en su alcance para lograr una verdadera eficacia. La academia podría contribuir, luego de veinte años de proferida la norma y a partir de la labor de investigación, en apoyar una labor de análisis de la Ley 472

y, en mesas de trabajo interinstitucionales con las autoridades judiciales, propiciar ajustes de la norma que se traduzcan en buenas prácticas judiciales que promuevan un verdadero acceso a la justicia, como pilar del Estado social de derecho.

El arbitraje social es una alternativa muy pertinente para los fines de reparación que persiguen las acciones de grupo. Por las ventajas procesales que este procedimiento ofrece, en especial el corto tiempo que tarda su resolución, puede ser una opción para superar las deficiencias del trámite ordinario y lograr que verdaderamente se adapte a las necesidades del grupo. Adicionalmente, respondería a los fines sociales que acompañan tanto la posibilidad de indemnizar daños moderados en acciones únicas como la labor de arbitraje de causas que, sin estas vías, difícilmente podrían ser llevadas a la justicia, materializando así los principios en los cuales se sustentan las acciones de grupo y el arbitraje social.

Por último, tanto las acciones de grupo como el arbitraje social han sido poco desarrollados por la doctrina, lo que evidencia la necesidad de estudiar y entrar a analizar esos temas, que pueden representar una barrera para el acceso a la justicia y no reducir el debate a un asunto meramente procesal.

Bibliografía

Aravena Arredondo, L. (1969). *Naturaleza jurídica del arbitraje.* Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Informe de la sesión plenaria del día 10 de junio. Constituyente Guillermo Perry.

Baker, W. H. (2009). *Class Action Arbitration*. Recuperado de https://cardozojcr.com/vol10no2/335-368.pdf

Bermúdez Muñoz , M. (2007). *La acción de grupo. Normativa y aplicación en Colombia.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Brito Zuñiga, L. (13 de marzo de 2019). Las acciones de grupo y el arbitraje. *Muñoz Abogados*. Recuperado de https://www.munozab.com/blog/las-acciones-de-grupo-y-el-arbitraje/

Camargo, P. P. (2006). *Las acciones populares y de grupo.* 5ª ed. Bogotá: Leyer.

Carrillo, A. (2009). Un caso con dimensión internacional: "ejercicio de acciones de clase en el sistema anglosajón en defensa de los derechos de grupos vulnerables en America Latina: el caso contra Chiquita Banana (CBI)". En B. Londoño, *Justiciabilidad de los derechos colectivos* (pp. 111-121). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Chillón Medina, J. M. & Merino Merchán, J. (1991). *Tratado de arbitraje privado interno e internacional.* Madrid: Civitas.

Congreso de la República de Colombia, Ley 472 de 1998 (5 de agosto). Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* nº 43.357.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1563 de 2012 (12 de julio). Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* nº 48.489.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2004). Rad. 73001-23-000-2002-01089-01 (AG) del 22 enero. C. P. Alier Eduardo Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2006). Rad. 25000-23-26-000-2001-00213-01(AG)B del 26 enero. C. P. Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2012). Rad. 250002326000199900002-04 y 2000-00003-04 (AG) del 1º de noviembre. C. P. Stella Conto.

Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-215/99 del 14 de abril. M. P. Martha Victoria Sáchica.

Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-732/00 del 21 de junio. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-569/04 del 8 de junio. M. P. Rodrigo Uprimny.

Corte Constitucional. (2008). Sentencia C-116/08 del 13 de febrero. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-242/12 del 22 de marzo. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Esguerra Puertocarrero, J. C. (2014). *La protección constitucional del Ciudadano.* Bogotá: Legis Editores.

Guayacán Ortiz, J. C. (2013). *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones afirmativas.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Herrera Mercado, H. (2009). Las acciones de grupo en el nuevo escenario de los tribunales de arbitramento. En B. Londoño Toro (ed.), *Justiciabilidad de los derechos colectivos* (pp. 220-230). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Laudo Arbitral (30 de enero de 2004). Luis Alberto Duran Valencia *vs*. Bancolombia S. A., Portafolio de Inversiones Suramericana S. A., Cementos del Valle S. A., Compañía Colombiana de Tabaco S. A., Compañía de Cemento Argos S. A., Inversiones Reacol S. A., Compañía Suramericana de Seguros S. A. y Suramericana de Inversiones S. A. Presidente: Álvaro Mendoza Ramírez. Recuperado de https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21611/530_V_Luis_Alberto_Duran_VS_Bancolombia_y_otros_2004_01_30.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Londoño-Toro, B. (1999). Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación. *Estudios Socio-Jurídicos, 1*(2), 103-131.

Londoño Toro, B. & Carrillo, A. (2010). *Acciones de grupo y de clase en casos de graves vulneraciones a derechos humanos.* Bogotá: Defensoría del Pueblo, The George Washington University Law school, Editorial Universidad del Rosario.

Pico Zuñiga, F. (21 de Mayo de 2013). El arbitraje social: una alternativa para la justicia colombiana. *Ámbito Jurídico.* Recuperado de https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/el-arbitraje-social-una

Quinche Ramírez, M. F. (2015). *Derecho procesal constitucional colombiano.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Ramírez Huertas, Á. (2015). *Ampliando los horizontes del arbitraje en Colombia: una mirada al arbitraje colectivo o de clase.* Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá. Recuperado de https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Sobre-nosotros-CAC/Articulos-academicos

Tamayo Jaramillo, J. (23 de marzo de 2018). Dos temas puntuales sobre las acciones de grupo. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/constitucional-y-derechos-humanos/dos-temas-puntuales-sobre-las

Torres-Villarreal , M. L. & Iregui-Parra, P. (2017). Las modificaciones legislativas a las acciones populares en Colombia: ¿avance o retroceso? *Revista de Derecho, 48*, 131-162.

Parte 4
Acción de cumplimiento

4.1
La acción de cumplimiento:
una acción desdibujada en el ordenamiento jurídico colombiano

Anamaría Sánchez-Quintero*
María Alejandra Lozano-Amaya**

Resumen
En el presente capítulo se analiza si la acción de cumplimiento se desnaturaliza o se desdibuja a partir de la incorporación de disposiciones en el ordenamiento jurídico que afectan la esencia de la acción. Para ello, se realiza una revisión de los antecedentes en el derecho comparado y la normativa nacional, con el propósito de sentar las bases que permitan identificar los elementos normativos que pueden desnaturalizar el mecanismo constitucional como instrumento idóneo para conseguir la eficacia de la ley y los actos administrativos. Esto

* Abogada de la Universidad del Rosario, máster en Derecho (LL. M.), Derechos Humanos y Derecho Humanitario. Directora de proyectos de la Fundación ProBono Colombia y asesora del Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario.

** Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derechos Humanos y Estudios Críticos del Derecho. Investigadora del Grupo de Derechos Humanos y joven investigadora de la línea de derecho ambiental del Grupo de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

con el fin de definir si los condicionamientos para su ejercicio que se promueve desde el legislativo transgreden el espíritu del mecanismo, que no es otro distinto a garantizar la efectividad de las disposiciones jurídicas como realidades asibles que se apartan de concepciones meramente teóricas.

Palabras clave: acción de cumplimiento, eficacia, desnaturalización, ordenamiento jurídico, mecanismo constitucional.

4.1.1. Introducción

La participación ciudadana se ejerce mediante mecanismos constitucionales establecidos para proteger los derechos frente a la vulneración o amenaza que contra estos pueda proceder por parte de una autoridad pública o un privado. Lo anterior puede desarrollarse a través de diversos mecanismos, dentro de los cuales se desatacan los mecanismos ciudadanos para acudir a una instancia judicial para pedir la protección de los derechos. Así, el ordenamiento jurídico colombiano contempló, entre otras, la acción de cumplimiento como un instrumento que busca la operatividad de la ley ante la inactividad material de esta, lo que lleva a solicitar el cumplimiento de la norma con la fuerza material de la ley o del acto administrativo.

La acción de cumplimiento, consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política de Colombia, tiene como objeto materializar aquellos mandatos de ley que se han previsto en el ordenamiento jurídico. A pesar de ser un instrumento de carácter subsidiario, es decir, que no procede si el accionante cuenta con otra herramienta para lograr la efectividad de la norma que se estima incumplida, este mecanismo permite a los ciudadanos exigir el cumplimiento de una ley por parte de las autoridades llamadas a ejecutarla.

En sí, lo que determinó la carta política fue un mecanismo que actuara ante la falla del deber de garantía y protección del Estado frente al postulado de respeto y eficacia de la ley en el marco del Estado social de derecho, buscando así concretar una herramienta que operara ante la negligencia del aparato estatal. Con la incorporación de esta acción también se realzó el precepto que indica que la ley es una norma de obligatorio cumplimiento, por lo que su constitucionalización la dotó de idoneidad, a la vez que la contempló como un mecanismo de fácil acceso para los ciudadanos.

> Esta consagración constitucional y legal tiene fundamento en el hecho de que Colombia es un Estado Social de Derecho y dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Así, y comoquiera que las autoridades de la República están instituidas, entre otras cosas, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2 de la Constitución Política), la acción en estudio permite la realización de este postulado logrando la eficacia material de la ley y de los actos administrativos expedidos por las diferentes autoridades en cumplimiento de sus funciones públicas. De este modo, la acción de cumplimiento constituye el instrumento adecuado para demandar de las autoridades o de los particulares que ejercen funciones públicas y ante el inminente incumplimiento, la efectividad de las normas con fuerza material de ley y de los actos administrativos (Consejo de Estado, 2016).

En el presente capítulo se realiza una revisión de los antecedentes de la acción de cumplimiento con el propósito

de determinar, a partir de los elementos fundantes, las características y los condicionamientos que tiene dicha acción en Colombia desde su incorporación en la Constitución Política de 1991. Finalmente, presenta unas consideraciones sobre las restricciones e imposiciones adicionales de ley que ha soportado la acción desde su reglamentación mediante la Ley 393 de 1997, específicamente con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior con el objetivo de definir si la acción de cumplimiento se ha desnaturalizado como consecuencia de los requisitos y disposiciones para su ejercicio y, en consecuencia, se procederá a analizar si la reglamentación puede conllevar impactos frente al ejercicio y la utilización del mecanismo.

4.1.2. Elementos fundantes de la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento, como mecanismo de protección ciudadana, tiene antecedentes de variable índole: se encuentran acciones similares en el derecho comparado, mecanismos generales en el derecho internacional de los derechos humanos y algunos intentos de legislación de esta materia en unos proyectos previos a la Constitución.

En esta sección se abordarán brevemente estos antecedentes, para entrar a detallar las consecuencias de estas ideas en los debates que surgieron en la Asamblea Nacional Constituyente al incluir la acción de cumplimiento en el texto constitucional. Así, se exponen los elementos que nutren el mecanismo y el diseño de este y se analiza si alguno de sus elementos se desdibuja con la imposición de los condicionamientos normativos.

En derecho comparado, los antecedentes remotos de la acción de cumplimiento se relacionan principalmente con dos figuras del derecho anglosajón: el *writ of mandamus* y el *writ of*

injunction. En el derecho inglés, se dotó a la ciudadanía de una serie de herramientas extraordinarias para acudir a los jueces y solicitar que ordenaran ciertas medidas a las autoridades. Dentro de estas acciones destaca el *habeas corpus*, el *writ of mandamus* y el *writ of injunction*. El segundo de estos mecanismos se consagró como la oportunidad para que un tribunal ordenara a una "corporación, ya sea particular o municipal, a uno cualquiera de sus funcionarios, a un funcionario ejecutivo, administrativo o judicial, o a un tribunal de categoría inferior" la ejecución de las actuaciones necesarias para dar cumplimiento a las funciones dispuestas constitucionalmente a dicha autoridad (Rey Cantor & Rodríguez, 1997). Esta acción ha sido frecuente en el derecho anglosajón para evitar la discrecionalidad del poder judicial, de manera que la Corte Suprema de Justicia expide órdenes en virtud de una acción *mandamus* para que los tribunales inferiores que se niegan a iniciar determinada acción la realicen, o para que los jueces que se hayan tomado atribuciones no respaldadas por sus funciones constitucionales se retracten (Rey Cantor & Rodríguez, 1997).

La similitud entre el *writ of mandamus* y la acción de cumplimiento contemplada en la Constitución Política de Colombia recae en la posibilidad que tienen los ciudadanos de acudir ante el poder judicial para que expida un mandamiento u orden a una autoridad para que cumpla con las funciones y las atribuciones que le otorgan la constitución y la ley.

Por otro lado, el *writ of injunction,* en el derecho anglosajón, se previó como un mecanismo para que un juez o tribunal ordene a una autoridad que se abstenga de realizar un acto para evitar la violación de leyes o de derechos humanos. Incluso esta acción permite evitar la ejecución de sentencias que constituyen cosa juzgada cuando las mismas son dictadas

incumpliendo los requisitos del debido proceso (Rey Cantor & Rodríguez, 1997).

La influencia de estos dos mecanismos del derecho anglosajón permitió al constituyente colombiano disponer de una acción que busca proteger todo tipo de derechos consagrados en la ley o en actos administrativos, estableciendo así la posibilidad de acudir a un juez para que ordene a una autoridad realizar los actos tendientes a dar cumplimiento a sus funciones constitucionales y legales. Así, a través de la acción de cumplimiento, del *writ of mandamus* y del *writ of injunction* es posible proteger los derechos de todo tipo de índole o jerarquía, siempre y cuando la garantía de los mismos pueda predicarse del cumplimiento de una obligación legal en cabeza de una autoridad o particular (Rey Cantor & Rodríguez, 1997).

Acciones similares fueron contempladas en la Constitución de la República de la India de 1949, en la Constitución Federal de Birmania de 1947 y en algunas constituciones provinciales argentinas. Todas las anteriores tienen en común la consagración de un mecanismo de mandamiento, mediante el cual una persona que sufriera algún daño por el incumplimiento por parte de una autoridad o particular de un deber consagrado en una ley puede acudir ante un juez para que este ordene a dicha autoridad el cumplimiento inmediato del deber omitido (Rey Cantor & Rodríguez, 1997).

El derecho internacional de los derechos humanos ha establecido obligaciones generales para los Estados de crear mecanismos para que las autoridades cumplan con lo estipulado en los tratados internacionales que rigen esta materia. Así, tanto en el seno de las Naciones Unidas, con la Carta Internacional de Derechos Humanos, como en el Sistema Interamericano, con el Pacto de San José, se establece que el derecho humano a la protección judicial incluye la disposición de un recurso para

solicitar un juez que ampare a las personas frente a las violaciones de derechos humanos. Asimismo, estos instrumentos disponen que el Estado debe garantizar la existencia de un mecanismo para que las autoridades competentes cumplan con los deberes establecidos en las decisiones estimadas en los recursos de tutela o amparo (Rey Cantor & Rodríguez, 1997).

Si bien el derecho internacional de los derechos humanos hace énfasis en la consagración de recursos de amparo de los derechos humanos, como en el caso colombiano sería la acción de tutela, también se contempla la obligación internacional de garantizar el cumplimiento por parte de las autoridades de los deberes derivados de la protección de los derechos humanos, obligación que, si bien es bastante general en tanto no contempla necesariamente la existencia de un recurso judicial independiente, puede ser cumplida a través del establecimiento de remedios como la acción de cumplimiento, que cubren tanto los deberes relacionados con los derechos humanos como otros deberes legales.

La acción de cumplimiento también tuvo antecedentes importantes al interior del país, como el proyecto de ley del representante a la Cámara Hugo Palacios Mejía, presentado en 1980, en el cual se contemplaba una acción de cumplimiento mediante la cual cualquier persona que creyera tener derecho podía pedir a un juez que ordenara a una autoridad que cumpliera el acto que se le solicitó, siempre y cuando la persona probara tener derecho a ello. Además, era posible pedir tanto el cumplimiento de un deber legal como la indemnización por mora cuando la persona hubiese sufrido daños por mora de la ejecución de dicha acción. No obstante, este proyecto de ley no fue aprobado por el Congreso (Rey Cantor & Rodríguez, 1997).

Igualmente, el Código Contencioso Administrativo del Decreto Ley 01 de 1984 es un importante antecedente de la acción de cumplimiento, pues el artículo 86 de dicha norma disponía:

> Artículo 86. Acción de reparación directa y cumplimiento. La persona que acredite interés podrá pedir directamente el restablecimiento del derecho, la reparación del daño, el cumplimiento de un deber que la administración elude, o la devolución de lo indebidamente pagado, cuando la causa de la petición sea un hecho, o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad.
> La misma acción tendrá todo aquel que pretenda se le repare el daño por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos.

En esta oportunidad la acción de cumplimiento estaba atada a la acción de reparación directa y no era independiente, en tanto solo procedía en casos en donde se constituyera silencio administrativo negativo, para evitar que las autoridades fueran inactivas frente a las peticiones que hacían los ciudadanos. Esta acción debía ser interpuesta únicamente por personas que acreditaran tener un interés por el cumplimiento del deber legal y su pretensión podía ser: (i) el restablecimiento de un derecho, (ii) la reparación económica de un daño, (iii) el cumplimiento de un deber en cabeza de una autoridad, o (iv) la devolución de lo indebidamente pagado. No obstante, en 1989 esta acción fue modificada por el Decreto extraordinario 2304, mediante el cual se limitó este recurso a la acción de reparación directa, con lo cual desapareció del ordenamiento jurídico nacional la acción de cumplimiento (Rey Cantor & Rodríguez, 1997).

Fue en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente en donde se debatieron los alcances de la acción de cumplimiento, teniendo en cuenta las experiencias internacionales y los antecedentes nacionales. Para los constituyentes delegados Jaime Arias López y Juan Carlos Esguerra Portocarrero, la acción de cumplimiento surgió como una respuesta a la necesidad de garantizar los derechos humanos de las personas. Para la disposición de este y de otros mecanismos de protección de derechos fundamentales, se delegó a la Comisión Primera de la Asamblea para establecer el texto constitucional que regiría para cada mecanismo, los cuales fueron adoptados en consenso, salvo algunos aspectos relacionados con la responsabilidad patrimonial del Estado (*Gaceta Constitucional* nº 77, 1991).

En los debates que se instauraron en el seno de la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, se destacan las manifestaciones de los siguientes constituyentes:

- Álvaro Gómez Hurtado: basado en el principio de legalidad, se entiende que las autoridades deben actuar amparadas en la ley, razón por la cual las autoridades serán responsables por la infracción o extralimitación de las leyes. El ponente expuso que esta infracción también puede cometerse por una omisión al cumplimiento de los deberes y funciones otorgados a las autoridades (*Gaceta del Congreso* nº 108, 3 VIII, 1994).
- Jaime Arias López: contempló que la acción de cumplimiento es un mecanismo ciudadano para que las personas puedan exigir el cumplimiento de una ley o acto administrativo y se basa en el recurrente desacato de las autoridades frente a sus deberes legales. Igualmente, este constituyente contempló que las

acciones de cumplimiento, contrario a lo dispuesto en el antiguo artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, son de interés general y no particular, en tanto todos los ciudadanos deben tener un mecanismo para hacer efectivas las normas, bien sea leyes o actos administrativos que deben ser ejecutados. Igualmente, este constituyente consideró que las realidades sociales en Colombia indican que el problema no solo recae en la falta de legislación, sino también en la falta de ejecución de las normas en todos sus niveles, por lo que la acción de cumplimiento se perfilaba como una mecanismo "para que una vez una ley ha cumplido con todo su trámite y entrado en vigencia a través de su publicación, o a través del mecanismo mediante el cual la misma norma prevé cuando entra en vigencia, pues sea puesta en vigencia de verdad, y que la personas por ese interés general que les asiste, tengan un mecanismo a través del cual se puedan hacer efectivas" (*Gaceta Constitucional* nº 49a, 1991).

- Juan Carlos Esguerra Portocarrero: basándose en el principio del imperio de la ley, este constituyente consideró la acción de cumplimiento como un mecanismo para que las leyes sean en efecto de obligatorio cumplimiento y no únicamente postulados declarativos (*Gaceta Constitucional* nº 52, 1991).

Por otro lado, en la presentación del Informe - Ponencia para debate en la Comisión Primera, se estableció que la acción de ejecución y cumplimiento sería un mecanismo de protección de derechos, mediante el cual las personas podrían exigir el cumplimiento de deberes omitidos por parte de las autoridades. En esta primera ponencia se dio competencia a

la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer este tipo de acciones (*Gaceta Constitucional* nº 77, 1991). En primer debate en sesión plenaria de la Asamblea Constituyente se aprobó el siguiente texto:

> Acción de cumplimiento. Toda persona podrá acudir ante la jurisdicción respectiva para hacer efectiva la aplicación de un derecho o la aplicación y el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

Posteriormente, en el segundo debate en plenaria se adoptó el siguiente texto:

> Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

El anterior fue el texto aprobado para el actual artículo 87 de la Constitución Política de Colombia. Como se lee en los textos en los debates constituyentes, existieron varios cambios para la adopción del artículo final. El primero de ellos es la especificación que antes contenía el proyecto de que era la justicia contencioso administrativa la encargada de resolver las acciones de cumplimiento, lo que terminó delegándose al poder judicial en general. En segundo lugar, originalmente la acción de cumplimiento tenía por fin la protección de derechos y el cumplimiento de deberes legales consagrados en leyes o actos administrativos, teniendo en cuenta que el origen social de

esta acción estaba relacionado con la creación de mecanismos judiciales ciudadanos.

No obstante, el texto final solo le dio la función a la acción de cumplimiento de ser un mecanismo para ejecutar leyes y actos administrativos, considerando que para la protección de derechos particulares se habían estipulado otras acciones constitucionales y teniendo en cuenta que a través del mandamiento de la acción de cumplimiento se pueden proteger toda índole de derechos relacionados con funciones específicas de autoridades públicas (Rey Cantor & Rodríguez, 1997).

4.1.3. Desnaturalización de la acción de cumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano

Una vez aprobado el artículo 87 constitucional, la acción de cumplimiento se enfrentó a la necesidad de alcanzar su reglamentación para no entrar en desuso. Finalmente en el año 1997 se expide la Ley 393, tras seis años de inaplicación e improcedencia de la acción, pues tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado negaban la admisibilidad de la acción a falta de la regulación, arguyendo que dicha función correspondía a otra corporación o negando la competencia para conocer de este tipo de solicitudes, aun cuando gozaba de carácter constitucional (Garcés, 2014).

En este escenario, los antecedentes presentados en el acápite anterior permiten identificar elementos que caracterizan la acción de cumplimiento incorporada en el orden constitucional como una herramienta que ordena la realización de medidas, acciones o actividades que se derivan del ordenamiento jurídico, que en principio no se refieren a un ámbito distinto al de la ejecución del cumplimiento de funciones propias de las autoridades.

Una de las cuestiones clave en las modificaciones del articulado en la Asamblea Constituyente fue la supresión del texto que enmarcaba el mecanismo como un instrumento para la protección de derechos, lo que puede interpretarse como la pérdida de una fortaleza prevista para esta acción en el espíritu propuesto por parte del constituyente. En razón a ello, podría decirse que, desde la definición del texto final por parte del constituyente, la acción de cumplimiento perdió un determinante al ceñir la garantía de los derechos a una obligación legal, dejando de lado el consecuente blindaje de la esencia misma de la acción como una herramienta para la defensa del interés general.

No obstante, a pesar de que el texto normativo eliminó el carácter protector de la acción de cumplimiento, ha sido la doctrina constitucionalista que ha estudiado la acción de cumplimiento la que ha reconocido que es un mecanismo para la protección y la aplicación de los derechos, lo cual está enmarcado en su objeto de hacer cumplir una ley o un acto administrativo que está siendo omitido por las autoridades públicas o por parte de los particulares que ejercen funciones públicas (Torres & Iregui, 2013, p. 63).

En este escenario, la incorporación de la acción de cumplimiento al orden constitucional contempló un instrumento abierto, es decir, sin restricciones para su utilización, en tanto podía ser usado por toda persona que pretendía acudir ante una autoridad judicial con el propósito de hacer cumplir el deber de ley omitido. Atendiendo el postulado de respeto de la ley, propio del marco de un Estado social de derecho, y al carácter público de la acción, no es comprensible que se impongan condiciones para el ejercicio de estas acciones en el ordenamiento constitucional. Y es que la progresiva constitucionalización de acciones no es más que una respuesta a la

necesidad de incorporar la posibilidad de convertir declaraciones en realidades asibles para dejar de lado las concepciones puramente teóricas.

A pesar de ello, el acápite presentará algunas consideraciones sobre las restricciones e imposiciones que han surgido en el marco de la reglamentación y la regulación de la acción de cumplimiento en Colombia. Al respecto, se puede decir que existen dos puntos clave: el primero tiene que ver con los límites a la acción en sí misma a partir de su reglamentación, y el segundo, con la creación de mecanismos que hacen ineficaz el objeto de la acción al reemplazarlo con otras herramientas.

El contenido esencial de la acción de cumplimiento incorporado en el ordenamiento constitucional enmarca su ejercicio en una presunción normativa en la que se contempla la posibilidad de que la ley o un acto administrativo no sean efectivos. Esto conlleva invocar el poder judicial, al que se otorga la facultad de levantar la reserva de la cual goza el ejecutivo de cumplir o no la ley en razón de la conveniencia, la oportunidad e incluso la viabilidad financiera, lo cual hace de esta acción un medio de defensa al servicio de toda persona que pretende la efectividad de la ley frente a la inactividad del aparato estatal. Así las cosas, la utilización de la mencionada acción no dependía más que del supuesto fáctico y jurídico en el que una norma fuera inoperante.

No obstante, con la expedición de la Ley 393, que reglamentó el procedimiento de la acción de cumplimiento, se establecieron criterios que limitan este instrumento constitucional. Entre ellos se destacan la definición de la *constitución en renuencia* que debe hacer el accionante frente al accionado y la restricción del ejercicio de la acción frente a normas que impliquen gasto público, tal como lo disponen los artículos 8 y 9 de la mencionada ley. Así, la reglamentación de la acción

constitucional limitó su ejercicio procedimentalmente al imponer requisitos previos a los ciudadanos que la deseen interponer, ignorando que el carácter público de esta norma debería facilitar el acceso a la justicia de personas con escaso conocimiento jurídico. Igualmente, se impuso un obstáculo material a la acción de cumplimiento al exceptuar su ejercicio de aquellas normas que impliquen un gasto público, lo que ha servido de escudo para muchas autoridades que alegan que el incumplimiento de sus funciones legales se debe a falta de presupuesto público. En consecuencia, la acción de cumplimiento como mecanismo constitucional fue desdibujada por la Ley 393, pues se limitó su ejercicio y su objeto.

La imposición de cargas adicionales a las que el constituyente previó para el ejercicio, es decir, los supuestos jurídicos y fácticos para la activación de la acción, constituyen una carga adicional para el accionante y no responden necesariamente a la finalidad o al objeto de la misma. Aun cuando la finalidad de la acción de cumplimiento es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo y su objeto es la observancia del ordenamiento jurídico existente, la incorporación de la exigencia como requisito de procedibilidad de la constitución en renuencia, esto es, reclamar en sede administrativa antes de ejercitar la demanda atención de la norma o del acto administrativo por parte de quien presuntamente haya omitido el deber de cumplimiento de la misma (Consejo de Estado, 2016), no constituye un elemento esencial ni determinante para la utilización del mecanismo.

De otro lado, la reglamentación contempló una cláusula general que permitía el ejercicio de esta acción cuando existiera una omisión de una autoridad de ejecutar una partida presupuestal, salvo en cuatro casos. Esta disposición fue modificada durante los debates de la norma (Solano Sierra, 1998) y

el texto propuesto por el ponente fue modificado excluyendo la procedencia la acción de cumplimiento para cualquier norma, entiéndase ley o acto administrativo, que establezca gasto. Esta restricción fue justificada por la imposibilidad fiscal de ordenar la ejecución de gastos, ya que las normas que implican erogaciones están condicionadas a la ejecución del presupuesto, el cual, a su vez, puede ser alterado en los planes de desarrollo previstos por el ejecutivo (Solano Sierra, 1998).

Aun cuando la imposibilidad fiscal fue un criterio argumentativo suficiente para promover la modificación del articulado inicial, el parágrafo del artículo 9 ha desatado un sinnúmero de críticas, toda vez que sirve de escudo para que las autoridades se abstengan de cumplir los deberes estipulados en la ley, excusándose en que el cumplimiento de los mismos exige la ejecución de gastos, toda vez que, si las funciones del Estado no contemplaran generación de gastos por sí mismas, no sería necesario determinarlas presupuestalmente.

No obstante, las discusiones que genera esta reglamentación no terminan con la interpretación constitucional, pues sobre el particular se reconocen varias posturas en el ámbito jurisprudencial. De un lado, la Corte Constitucional ha señalado que se debe negar la posibilidad de garantizar judicialmente el cumplimiento de normas que establezcan gasto de forma tajante desde la Sentencia C-157 de 1998. De otro lado, tal restricción se ha matizado en función de una distinción que desarrolla el Consejo de Estado en su jurisprudencia, en razón de los momentos de inclusión y de ejecución del gasto, con el propósito de no desnaturalizar la acción de cumplimiento, e identifica estas cuatro situaciones: "a) cuando las obligaciones provienen de la ley, b) el carácter de la prohibición no es absoluto, c) no toda erogación comporta gasto y d) no todo débito prestacional es gasto" (Ospina, 2009, p. 214).

En el primer caso, el Consejo de Estado dispuso que la acción de cumplimiento para normas que dispongan gasto público sea procedente únicamente cuando las obligaciones de gasto contempladas en la ley no se ordenen en virtud de la procedencia de la acción. En el segundo caso, se enfatiza en que no es posible afectar el núcleo esencial de la reglamentación de la acción de cumplimiento, razón por la cual es necesario que el análisis del caso verifique las condiciones de la exigibilidad de la norma siempre que el juez no puede convertirse en ordenador del gasto. En el tercer caso, se diferencia entre el decreto o establecimiento de un gasto y la ejecución de este; así, el máximo tribunal administrativo determinó que la restricción opera únicamente frente a normas que pretenden decretar el gasto, siempre que esto no es más que la inclusión de este en el presupuesto, circunstancia que es potestad del ejecutivo. Finalmente, en el cuarto caso señala el Consejo de Estado que

> […] no en todos los casos en los cuales el débito prestacional comporte una erogación de dinero, se configura la excepción del parágrafo del art. 9º de la Ley 393 de 1997 pues de ser este el entendimiento de la norma, se desnaturalizaría el mecanismo constitucional consagrado en el artículo 87 de la Carta Política, si se tiene en cuenta que […] las conductas exigibles de las autoridades públicas, directa o indirectamente, conllevan una erogación (Consejo de Estado, 2001).

Esto demuestra que la concepción aislada y ritualista bajo la cual se incorpora esta restricción al ejercicio de la acción de cumplimiento debe cambiar, de manera que se interprete la restricción de forma flexible y matizada, tal como lo señala el Consejo de Estado. Así, una interpretación restrictiva

que impida el ejercicio de esta acción toda vez que exista un gasto público conduce a un rigor excesivo que desnaturaliza la acción de cumplimiento y conduce a la transgresión de los postulados bajo los cuales fue cimentado el mecanismo.

Así las cosas, la interpretación tajante que ha marcado la pauta en los últimos años convierte la acción de cumplimiento en un instrumento cerrado y restringido. Lo que, a su vez, conduce a que la reglamentación introduzca en realidad lo que equivale a la desnaturalización de la acción de cumplimiento, si se sigue la posición mayoritaria de la interpretación.

No obstante, la Corte Constitucional ha sido enfática en mantener y reiterar la jurisprudencia relativa a la acción de cumplimiento que señala que debe mantenerse la restricción al uso de este mecanismo para ejecutar leyes que impliquen gasto, pues ha dispuesto que "la eficacia del novedoso mecanismo debe garantizarse y promoverse por la ley. Sin embargo, ello no puede perseguirse a costa de alterar las restantes instituciones y mecanismos constitucionales" (Sentencia C-157 de 1998). Cabe señalar que la disparidad y multiplicidad de criterios presentados sobre el particular son condiciones que desnaturalizan la acción de cumplimiento y, en consecuencia, atentan contra el espíritu constitucional del mecanismo.

En un segundo momento, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, se han evidenciado implicaciones en la operatividad de las acciones que se analizan y estudian al interior de la jurisdicción. La reforma del ordenamiento jurídico administrativo incorporó modificaciones que impactan la aplicación de la acción de cumplimiento. Esta norma incorporó un nuevo mecanismo similar a la acción de cumplimiento de la siguiente forma:

> Artículo 146. Cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos. Toda persona podrá acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previa constitución de renuencia, para hacer efectivo el cumplimiento de cualesquiera normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos.

De la lectura de esta nueva disposición es claro que la acción de cumplimiento se sometió a un nuevo obstáculo, toda vez que sus ejecutores, es decir, los ciudadanos, haciendo uso de sus derechos, pueden ejercer una acción distinta con el mismo fin, e incluso se puede tratar indistintamente, tal como ocurre en alguna de la jurisprudencia en la que se equipara la posibilidad de cumplimiento de una obligación con fuerza material de ley a través de la acción constitucional del artículo 87 constitucional o medio de control consagrado en el artículo 146 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) (Consejo de Estado, 2018).

Y es que el artículo citado introduce el objeto de la acción de cumplimiento en los medios de control del CPACA, específicamente, habilitando al ciudadano titular del derecho lesionado a acudir a la jurisdicción administrativa para hacer efectivo el cumplimiento de las normas con fuerza material de ley o los actos administrativos. Del mismo modo, el CPACA integra los requisitos previstos para el ejercicio de la mencionada acción en su reglamentación. En suma, el CPACA adiciona al ordenamiento el requerimiento que exige a la norma mantener su fuerza ejecutoria, es decir, que esté vigente, junto con las demás disposiciones propias de la acción de cumplimiento.

En virtud de lo anterior, puede decirse que aun cuando no es posible realizar cambios respecto de una acción constitucional por una vía distinta a su reglamentación estatutaria, la pretensión de cumplimiento que se enmarca en el artículo 146 del CPACA no se refiere propiamente a la acción de cumplimiento como mecanismo constitucional, sino a la posibilidad que tiene toda persona de acudir ante la jurisdicción administrativa para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley y de actos administrativos, es decir, subsume el objeto mismo de la acción en un medio de control administrativo, haciendo posible compatibilizar con esta los demás medios de control.

En atención a lo expuesto, cabe mencionar que la esencia misma de la acción de cumplimiento se desdibuja frente al rigorismo excesivo en la interpretación de la norma constitucional, tanto por parte del legislador como de la Corte Constitucional, que eleva elementos desnaturalizadores de la acción. Una acción que surge como respuesta a la necesidad de garantizar los derechos humanos frente al cumplimiento de un deber que la administración elude y que goza de la connotación del interés general, en principio, se contempla con un sentido amplio. Sin embargo, tanto las restricciones de su efectividad frente a normas que conduzcan al gasto como la necesidad del contencioso por sumergir la esencia de estas acciones en la generalidad de los asuntos administrativos se convierten en un impulso para realizar una relectura de la acción de cumplimiento, que si bien debe darse, ha de partir de la revisión armónica de los principios y los preceptos constitucionales que enmarcan el ejercicio de la acción, además de atender a los antecedentes que la fundamentaron.

4.1.4. Conclusiones

En primera medida, cabe destacar que la consagración de las acciones constitucionales en la Constitución pretendía dotar al ciudadano de herramientas para la garantía efectiva de los derechos y, en el caso puntual de la acción de cumplimiento, buscaba la efectiva ejecución de las leyes y los actos administrativos. En este escenario, el carácter público de la acción buscaba evitar la imposición de cargas para que el accionante pudiera acudir a la jurisdicción a solicitar la ejecución de una norma. Así, el accionante no debería tener amplios conocimientos de derecho para poder hacer uso del mecanismo constitucional, para así hacer posible la realización del fin último de dicha herramienta. En este sentido, la imposición de obstáculos, requisitos o restricciones a la acción de cumplimiento no solo limita el ejercicio mismo de esta acción, sino que se convierte en otro elemento que desnaturaliza el espíritu democrático-participativo que contempló el constituyente. Esto se traduce en que la acción de cumplimiento reglamentada en la Ley 393 no está diseñada para ser utilizada por toda persona, pues, como se expresó, exige nuevos condicionamientos para su procedibilidad, así como limita su uso en relación con el gasto, lo cual aleja su uso de los ciudadanos que no tienen conocimiento jurídico extenso.

Tal como se expuso, la incorporación de la acción de cumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano fue influenciada por los *writ of mandamus* y *writ of injunction* del derecho anglosajón, como mecanismos judiciales que buscaban la ejecución o abstención de acciones por parte de autoridades públicas. Sin embargo, a diferencia del *writ of mandamus,* que es usado mayormente para ordenar a tribunales de inferior jerarquía la ejecución de deberes normativos, en el proceso de

cristalización de la acción de cumplimiento en el texto constitucional el mecanismo fue restringido a las leyes y los actos administrativos.

Asimismo, a pesar de que el origen de la acción de cumplimiento era la dotación a los ciudadanos de mecanismos judiciales para la protección de sus derechos, el texto constitucional no incluyó este fin como una pretensión de la acción de cumplimiento. Esto puede leerse en dos perspectivas: la primera, entendiendo que esta exclusión se debe únicamente a la existencia de otros mecanismos para la protección de derechos, como la acción de tutela o la acción popular; y la segunda perspectiva es entender que la orden judicial dictada en el marco de una acción de cumplimiento puede derivar en la protección de derechos particulares cuando el deber incumplido sea una función relacionada con la garantía de dichos derechos.

En este escenario, los límites y las restricciones impuestos a las acciones constitucionales que por esencia buscan la protección de derechos se convierten en requisitos que las desnaturalizan. Así, a pesar de los avances tras la constitucionalización de la acción de cumplimiento y su consagración en el ordenamiento, tanto el legislador como la Corte Constitucional han desconocido los intereses que llevaron a los constituyentes a la creación de esta al restringir su ejercicio frente a las normas que impliquen gasto público, conduciendo así a la desnaturalización del alcance de la acción.

En este orden de ideas, puede decirse que la solución que presenta el Consejo de Estado frente a la restricción reglamentaria que se le impuso a la acción de cumplimiento se encuentra en consonancia con los principios que rigen el trámite de la acción (oficiosidad, eficacia y prevalencia del derecho sustancial) y armoniza los preceptos constitucionales en virtud de la naturaleza de esta.

No obstante, es preocupante que el legislador haya introducido al ordenamiento disposiciones regresivas que subsumen la acción de cumplimiento como una acción constitucional y, sobre todo, que imponga cargas adicionales que desdibujen sus elementos esenciales. Además, es alarmante que estas modificaciones se hayan introducido a través de leyes ordinarias, pues los mecanismos previstos para garantizar la protección de los derechos humanos gozan de especificidad y han sido revestidos de condicionamientos especiales en su esencia y trámite, por considerarse como remedios, y su promulgación está sujeta a reserva de ley estatutaria. Así, tal como ocurre en el caso de la acción de cumplimiento, que cubre tanto los deberes relacionados con los derechos humanos como otros deberes legales, cualquier adición o modificación debe surtirse a través de los procedimientos constitucionalmente estipulados para ello.

Finalmente, se destaca que aun cuando la acción de cumplimiento sea un mecanismo constitucional habilitado para toda persona, no se han brindado a la fecha las garantías para su ejercicio. En este orden de ideas, es un mecanismo constitucional con dificultades para su materialización, pues no solo requiere del cumplimiento de los requisitos generales, sino que el accionante debe construirlo con atención a algunos condicionamientos específicos de procedibilidad, lo cual convierte la acción en algo complejo, distante de una persona sin conocimientos en derecho.

Bibliografía

Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-157 del 29 de abril. Exp. D-1790, D-1793, D-1796, D-1798, D-1808, D-1810, D-1816, D-1817 y D-1819.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Cuarta. (1999). Sentencia ACU-560 del 5 de febrero.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. (2001). Sentencia del 8 de marzo, Rad. 19001-23-31-000-2000-3310-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. (2016). Sentencia 25000-23-41-000-2015-02309-01(ACU) del 30 de junio.

Consejo de Estado. (2018). Sentencia 11001-03-15-000-2017-02945-01 del 17 de mayo.

Decreto Ley 01 de 1984 (2 de enero). Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* nº 36.439.

Gaceta Constitucional nº 49a (18 de abril de 1991).

Gaceta Constitucional nº 52 (17 de abril de 1991).

Gaceta Constitucional nº 77 (20 de mayo de 1991).

Gaceta del Congreso nº 108, 3 VIII. (1994).

Garcés, P. (2014). *Acciones constitucionales: una aproximación a la eficacia y efectividad de los derechos*. Envigado, Antioquia: Institución Universitaria de Envigado.

Ley 393 de 1997 (29 de julio). Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política. *Diario Oficial* nº 43.096 de 30 de julio.

Ospina, A. M. (2009). Acción de cumplimiento y deberes de gasto. *Estudios de Derecho, 66*(148), 203-227.

Rey Cantor, E. & Rodríguez, M. C. (1997). *Acción de cumplimiento y derechos humanos*. Bogotá: Temis.

Solano Sierra, J. E. (1998). *Acción de cumplimiento*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Torres, M. & Iregui, P. (2013). *La protección ciudadana de los derechos humanos.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Parte 5
Acción pública de inconstitucionalidad

5.1
Propuestas de cambio a la acción pública de inconstitucionalidad en el Congreso colombiano: ¿restricción del ejercicio de un derecho político?

Sebastián Senior-Serrano*

Resumen
En el presente capítulo se realiza una revisión y se analizan tres proyectos de acto legislativo que se han presentado en los últimos cinco años en el Congreso de la República de Colombia, cuyo objeto es reformar aspectos procesales de la acción pública de inconstitucionalidad relacionados con su caducidad y legitimación por activa. En ese sentido, a través de un análisis documental, se revisarán los motivos, la propuesta normativa y los resultados de tales proyectos y se expondrán también, de forma breve, las precisiones que ha introducido la Corte Constitucional a través de

---

* Abogado y magíster en Derecho de la Universidad del Rosario. Actualmente es asesor de la Cámara de Representantes de Colombia y profesor de cátedra de la Universidad del Rosario en pregrado y posgrado. Autor de diferentes obras en materia de derechos humanos, derecho constitucional y derecho ambiental.

algunas de sus sentencias sobre los aspectos que ha tenido intención de reformar el Congreso. Tal revisión permitirá establecer si a través de estos proyectos de modificación de la Constitución se ha buscado restringir el ejercicio del derecho político puesto en cabeza de todo ciudadano, consistente en instaurar acciones en defensa de la Constitución, o entender si tales propuestas de cambio se enmarcan dentro de la lógica de unos deberes y requisitos mínimos que deben ser exigidos a todo ciudadano que quiera controvertir una norma adoptada por la mayoría del máximo órgano de representación popular. Así mismo, se contrastarán las intenciones de algunos congresistas, autores de tales iniciativas legislativas, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para concluir que se trata de iniciativas particularmente riesgosas para un sistema constitucional que ha defendido una legitimación y ejercicio amplio, abierto y atemporal de la acción pública de inconstitucionalidad.

Palabras clave: acción pública de inconstitucionalidad, juicio de constitucionalidad, derecho político, caducidad, legitimación en la causa por activa.

5.1.1. Introducción

La acción pública de inconstitucionalidad ha existido en diferentes momentos en el ordenamiento jurídico colombiano de forma muy similar al régimen actual: en la Constitución de 1863, que también consagraba una legitimación amplia, y un poco más restringida en la Constitución de 1886, en la que es incluida luego de una reforma constitucional surtida en 1910. El objetivo de este mecanismo es simple: garantizar la superioridad normativa de la Constitución Política y dar coherencia a todo el sistema jurídico expulsando de este todas las normas que se opongan al texto constitucional.

En las páginas que vienen a continuación explicaré el significado que tiene dicha acción como ejercicio de un derecho político, e intentaré transmitir al lector la importancia de mantener tal garantía en su sentido más amplio, pues implica dotar al ciudadano de la capacidad de controvertir con normas con fuerza de ley que desconocen la carta fundamental. Posteriormente, haré una descripción y analizaré, a partir de la técnica de observación documental, tres proyectos de acto legislativo que se han presentado en los últimos años con el objetivo de modificar dicha facultad ciudadana en lo que se refiere a la caducidad y la legitimación por activa en la acción de inconstitucionalidad, ante la preocupación que tienen algunos congresistas frente a un mecanismo que dota a la Corte Constitucional de la capacidad de expulsar del ordenamiento jurídico normas que han sido aprobadas por las mayorías políticas del máximo órgano de representación popular, que es el Congreso de la República.

Finalmente, se hará un ejercicio de observación documental de algunos pronunciamientos que ha hecho la misma Corte Constitucional en relación con los institutos procesales que el Congreso ha buscado reformar y esbozaré algunas conclusiones para dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿restringir el acceso a la acción pública de inconstitucionalidad implica restringir el acceso a un derecho político?

5.1.2. El ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad como expresión de un derecho político

El uso de acciones públicas que buscan defender la Constitución y la ley constituye el ejercicio de un derecho político en Colombia. El ordenamiento jurídico colombiano ha consagrado,

con tal fin, una serie de mecanismos[1], con legitimación amplia y pocos requisitos constitucionales y legales, que permitan el libre ejercicio del derecho político enunciado en el numeral 6 del artículo 40 de la Constitución Política[2].

Dicha legitimación amplia se verifica en el hecho de que cualquier ciudadano colombiano tiene la facultad de ejercer la acción pública de inconstitucionalidad, como lo establecen la Constitución misma y el artículo 2 del Decreto Estatutario 2067 de 1991, así como la sentencia C-003 de 1992 que, al analizar la constitucionalidad del inciso final de la precitada norma, indicó que "[s]on ciudadanos los nacionales mayores de dieciocho años (18), de conformidad con el parágrafo del artículo 98 de la Carta" y descartó que pudieran presentar la acción las personas naturales menores de 18 años y quienes han sido sancionados con la interdicción de sus derechos políticos.

Ahora bien, esto implica que un solo ciudadano puede poner en entredicho, por razones de constitucionalidad, la decisión adoptada por una mayoría del Congreso de la República a la hora de aprobar un proyecto de ley. Sin embargo, desde 1997 la Corte Constitucional ha aclarado que su juicio se encuentra guiado por el principio de conservación del derecho,

> […] según el cual, los tribunales constitucionales deben siempre buscar preservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático. Por ello si una disposición admite una

[1] Acción pública de inconstitucionalidad y nulidad por inconstitucionalidad, entre otros.

[2] "Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: […] 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley".

> interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla exequible de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento[3].

Es también importante anotar que el ciudadano se encuentra legitimado para controvertir una norma por (i) vicios materiales o de fondo, o por (ii) vicios de forma y que, en un caso u otro, se presenta un término de caducidad de la acción pública de inconstitucionalidad. En el caso de los primeros, puede controvertir en cualquier tiempo que una norma con fuerza material de ley desconoce alguna disposición de la Constitución Política y aportar las razones por las cuales se genera la violación del texto constitucional. En el caso de los segundos, puede controvertir hasta un año después de expedida una norma con fuerza material de ley[4] si esta última no fue tramitada de forma acorde con el procedimiento dispuesto por la Constitución y las leyes pertinentes. En la Sentencia C-501 de 2001 la Corte Constitucional los diferenció de la siguiente forma:

> […] una ley incurre en vicios materiales cuando entre el contenido de las disposiciones en ella contempladas y la Carta surge una relación de contradicción, esto es, cuando los ámbitos de ejercicio de la capacidad configuradora del Congreso vulneran la materialidad del Texto Fundamental […]. Vicios de forma, en cambio, son aquellas irregularidades en

---

[3] Sentencia C-320 de 1997.

[4] Numeral 3 del artículo 242 de la Constitución Política: "Artículo 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: […] 3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto".

> que se incurre en el trámite que antecede a la promulgación de la ley y que ha sido establecido por el constituyente. Ello es así por cuanto la forma es el modo de proceder de una cosa, la manera como se hace.

5.1.3. Propuestas de modificación de la acción pública de inconstitucionalidad en el Congreso de la República

En el Congreso de la República se han presentado en los últimos cinco años, entre lo que va corrido del período legislativo anterior (2014-2018) y el actual (2018-2022), tres proyectos de acto legislativo que buscan reformar el artículo 242 de la Constitución Política de Colombia. Dicha norma indica, actualmente, aspectos procesales de las acciones, entre las que reconoce la Corte Constitucional:

> Artículo 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:
> 1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.
> 2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos.
> 3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.
> 4. De ordinario, la Corte dispondrá del término de sesenta días para decidir, y el Procurador General de la Nación, de treinta para rendir concepto.

> 5. En los procesos a que se refiere el numeral 7 del artículo anterior, los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley.

Tales propuestas de reforma han tenido como finalidad adicionar un numeral sexto al anterior artículo, con el fin de crear un término de caducidad para las acciones de inconstitucionalidad que contemplen vicios materiales o de fondo, así como fijar una legitimación por activa calificada en aquellos casos en que se haya cumplido dicho término[5]. A continuación se diferenciarán los contenidos puntuales que tiene cada una de estas propuestas de reforma constitucional, relacionados con (i) el nombre de los autores, (ii) la modificación normativa propuesta y (iii) el avance que cada uno de estos logró en las correspondientes células legislativas en las que cursaron su trámite.

Posteriormente, se precisarán los aspectos que comparte cada proyecto, relacionados con (i) el objeto del proyecto, es decir su finalidad, (ii) las justificaciones o motivos políticos que exponen los autores para sustentar el proyecto y (iii) las justificaciones o motivos jurídicos que exponen con el mismo fin.

---

[5] Tal pretensión no es novedosa. En el primer período del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez se presentó por primera vez, bajo la dirección del ministro del Interior y Justicia de la época, Fernando Londoño Hoyos, un proyecto de acto legislativo que buscaba reformar el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, adicionando la expresión "demandas que deberán presentarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de promulgación de la ley impugnada".

Proyectos de Acto Legislativo presentados, motivos, contenido normativo y resultados

Autores, modificación normativa propuesta y avance del Proyecto de Acto Legislativo número 092 de 2016 de Cámara[6]
Autores. Honorables congresistas Miguel Ángel Barreto Castillo, Fabián Gerardo Castillo Suarez, Karen Violette Cure Corcione, Carlos Abraham Jiménez López, Rodrigo Lara Restrepo, Hernando José Padaui Álvarez, Eloy Chichí Quintero Romero, Edward David Rodríguez Rodríguez, Jorge Enrique Rozo Rodríguez y Gloria Betty Zorro Africano.
Modificación normativa propuesta. Artículo 1º. Adiciónese el numeral 6 del artículo 242 de la Constitución Política de Colombia, el cual quedará así:

> Artículo 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: […]
> 6. La acción a la que se refiere el numeral 4 del artículo precedente caduca en el término de dos años, contados desde la publicación de la respectiva ley. Una vez cumplido el término de caducidad, únicamente podrán ejercer dichas acciones un número no inferior al 30% de los miembros del Congreso de la República, o un grupo significativo de ciudadanos no inferior al 5% del Censo Electoral de las últimas elecciones nacionales.

Avance en el trámite. El proyecto de acto legislativo fue archivado en virtud de los artículos 375 de la Constitución Política,

---

[6] *Gaceta del Congreso* nº 614 y nº 883 de 2016.

224 y 225 de la Ley 5 de 1992, ya que no fue aprobado en primer debate durante el primer período ordinario en el que fue radicado.

Autores, modificación normativa propuesta y avance del Proyecto de Acto Legislativo número 058 de 2017 de Cámara[7]

Autores. Honorables congresistas Rodrigo Lara Restrepo, Carlos Abraham Jiménez López, Hernando José Padaui Álvarez, Jorge Enrique Rozo Rodríguez, Luis Eduardo Díaz Granados Torres, Eloy Chichí Quintero Romero, Carlos Alberto Cuenca Chaux, Gloria Betty Zorro Africano, Álvaro López Gil, Fabián Gerardo Castillo Suarez y José Luis Pérez Oyuela.

Modificación normativa propuesta: Artículo 1º. Adiciónese el numeral 6 del artículo 242 de la Constitución Política de Colombia, el cual quedará así:

> Artículo 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: […]
>
> 6. La acción a la que se refiere el numeral 4 del artículo precedente caduca en el término de dos años, contados desde la publicación de la respectiva ley. Una vez cumplido el término de caducidad, únicamente podrán ejercer dichas acciones un número no inferior al 30% de los miembros del Congreso de la República, o un grupo significativo de ciudadanos no inferior al 5% del Censo Electoral de las últimas elecciones nacionales.

---

[7] *Gaceta del Congreso* nº 650 y nº 750 de 2017.

Avance en el trámite. Retirado de forma posterior a haber sido presentada la ponencia para dar primer debate, de conformidad con el artículo 155 de la Ley 5 de 1992. Su retiro fue aprobado por la Comisión.

Autores, modificación normativa propuesta y avance del Proyecto de Acto Legislativo número 014 de 2018 de Senado[8]

Autores. Honorables congresistas Rodrigo Lara Restrepo, Ana María Castañeda Gómez, Fabián Gerardo Castillo Suarez, German Varón Cotrino, David Ernesto Pulido Novoa, José Daniel López Jiménez, Jaime Rodríguez Contreras, Erwin Arias Betancur, Julio Cesar Triana Quintero y Hernando José Padaui Álvarez.

Modificación normativa propuesta. Artículo 1º. Adiciónese el numeral 6 al artículo 242 de la Constitución Política de Colombia, el cual quedará así:

> Artículo 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: […]
> 6. La acción a la que se refieren los numerales 4 y 5 del artículo precedente caducará en un término de dos (2) años, contados desde la publicación de la respectiva ley. Una vez cumplido el término de caducidad, únicamente podrán ejercer dicha acción un número no inferior al 30% de los miembros del Congreso de la República o un grupo significativo de ciudadanos, no inferior al 5% del Censo Electoral de las últimas elecciones nacionales.

[8] *Gaceta del Congreso* nº 601 y nº 651 de 2018.

Avance en el trámite. El proyecto de acto legislativo fue archivado en virtud de los artículos 375 de la Constitución Política, 224 y 225 de la Ley 5 de 1992, ya que no fue aprobado en primer debate durante el primer período ordinario en el que fue radicado.

Objeto, justificación política y justificación jurídica de los Proyectos de Acto Legislativo número 092 de 2016 de Cámara, 058 de 2017 de Cámara y 014 de 2018 de Senado

Objeto de los proyectos. Los proyectos 092 de 2016 y 058 de 2017 de Cámara buscan adicionar un numeral al artículo 242 de la Constitución Política. Con lo anterior, pretendían que se consagrara un término de caducidad de dos años para interponer la acción pública de inconstitucionalidad contra leyes expedidas con vicios de fondo o materiales, y establecía que, en caso que se venciera dicho término, la acción pública de inconstitucionalidad únicamente podría ser presentada por (i) un número no inferior al 30% de los miembros del Congreso de la República o (ii) un grupo significativo de ciudadanos que no sea inferior al 5% del censo electoral de las últimas elecciones nacionales.

El proyecto 014 de 2018 de Senado tiene un objeto similar, ya que pretende establecer dicha caducidad y la legitimación por activa excepcional para los eventos en que la acción pública de inconstitucionalidad sea ejercida contra leyes, pero se diferencia en que también pretende fijar tales limitaciones para las "demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación".

Justificaciones políticas. De los textos de los proyectos, se puede extraer que, a nuestro juicio, hay dos grandes justificaciones políticas. Primero, al pasar los años la acción de inconstitucionalidad se ha venido convirtiendo en un instrumento utilizado para lograr las victorias que no se lograron obtener en el trámite legislativo. En ese sentido, se expone el peligro que representa que quienes resultaron ser minoría en los debates surtidos en el Congreso acudan al mecanismo judicial para conseguir que su posición política (minoritaria) se enmarque en las interpretaciones del Tribunal Constitucional y les permita vencer la posición adoptada por la mayoría en el texto legislativo.

Segundo, en los tres proyectos se cita el caso de la reforma al equilibrio de poderes, expedida en el año 2015, en el que la Corte, a partir de la tesis de la "sustitución de la Constitución", eliminó la creación de un Consejo de Gobierno Judicial. Ello permite observar que la Corte Constitucional se ha convertido en un escenario de deliberación adicional al Congreso, sin que sus magistrados tengan la legitimidad democrática que sí tienen los congresistas, miembros del escenario natural de discusión política.

Justificaciones jurídicas. Exponen que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-832 de 2001, reconoce la libre configuración legislativa que tiene el Congreso de la República en asuntos de derecho procesal como la caducidad. En tal fallo, la Corte expuso que

> […] el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia […]. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una

> figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.

Así mismo, se citan las sentencias C-003 de 1993, C-501 de 2001, C-1052 de 2001, C-1177 de 2004, C-262 de 2011 y C-400 de 2011, en las que la Corte se ha pronunciado sobre la naturaleza y los aspectos procesales de la acción de inconstitucionalidad, permitiendo tanto la creación de requisitos para su interposición como un término de caducidad en la misma.

Es así como la caducidad busca garantizar el principio de seguridad jurídica y evitar que se genere incertidumbre permanente sobre la eficacia plena de las normas y, en el caso puntual, la definición de un término de dos años es el resultado de ponderar tal principio con el de participación democrática, expresado en el derecho que tienen los ciudadanos de accionar una norma con fuerza material de ley.

Los proyectos también destacan que no se vulnera el principio de supremacía constitucional, puesto que se crea un término de caducidad, pero se sigue permitiendo el ejercicio del mecanismo por parte de un grupo de congresistas o de un grupo significativo de ciudadanos. Por consiguiente, no hay sustitución de la Constitución Política, puesto que el mecanismo se puede seguir ejerciendo cuando se verifique una confrontación con el texto constitucional, pero, después de dos años de expedida la norma con fuerza material de ley, dicho mecanismo tendrá una legitimación por activa calificada.

Finalmente, se destacan los escenarios de derecho comparado de Alemania, Bolivia, Chile, Ecuador, España, Italia, Perú y Portugal, en los que es posible el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad con determinada legitimación en la causa por activa calificada o con un término de caducidad.

5.1.4. Críticas a la visión restringida del derecho político expuesta en los diferentes proyectos de acto legislativo

Para responder a los motivos políticos que sustentan los diferentes proyectos, se debe indicar primero que el juicio que realiza la Corte Constitucional no se basa en argumentos de orden político, sino jurídico. En ese sentido, el Alto Tribunal usa como parámetro de comparación, para establecer si una norma es constitucional o no, el texto de la Constitución misma. En el marco del proceso, lo primero que hace la Corte al evaluar la admisión de la acción de inconstitucionalidad es verificar que los argumentos expuestos por el accionante sean claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes, puesto que es el cumplimiento de estos requisitos jurídicos lo que le permitirá a los jueces hacer un estudio de constitucionalidad y no tener que declararse inhibidos frente a una demanda que se basa en razones de orden personal o político[9]. En consecuencia, el proceso constitucional no se presta para reabrir una discusión política, pues su objeto es hacer un juicio de orden jurídico.

Segundo, tampoco se trata de un escenario adicional de deliberación política por medio del cual la Corte Constitucional ejerza competencias adicionales, excusándose en el juicio de sustitución. El juicio de sustitución es el resultado del control que se otorga a la Corte sobre los actos reformatorios de la Constitución Política, de conformidad con el numeral primero del artículo 241 de la Carta. Dicha norma indica que la Corte evaluará únicamente los vicios de procedimiento que se puedan presentar en el marco de estos actos reformatorios, y a partir de

---

[9] Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001. M. P. Manuel José Cepeda.

la Sentencia C-551 de 2003 se ha fijado que puede presentarse tal vicio en los eventos en que el Congreso, como constituyente derivado, excede la facultad de reforma que le otorgó el constituyente primario. Tal situación puede verificarse a través del nombrado juicio de sustitución[10], que permite a la Corte determinar si el Congreso efectivamente está promoviendo una reforma o la sustitución de un principio fundamental y esencial de la Constitución Política. Lo anterior no implica que no se puedan controvertir las decisiones de esta alta corporación judicial, pero no es posible equiparar el juicio de sustitución con un escenario de deliberación política, pues justamente es una figura que busca mantener la sistematicidad y la coherencia de todo el sistema jurídico que es guiado por los postulados que fueron privilegiados por el constituyente primario en 1991.

5.1.5. Precisiones de la Corte Constitucional sobre la caducidad y la legitimación por activa en el marco de la acción pública de inconstitucionalidad

Ahora bien, las discusiones en torno a los aspectos procesales de la acción pública de inconstitucionalidad no se restringen al Congreso de la República. Como lo exponen los autores de los diferentes proyectos, la Corte Constitucional, en el marco de su competencia como tribunal encargado de conocer estas acciones, se ha pronunciado sobre los institutos jurídicos de la caducidad y legitimación por activa. Sin embargo, estos

---

[10] Después de la Sentencia C-551 de 2003, la Corte consolidó el juicio de sustitución en las sentencias C-1200 de 2003, C-572, C-668, C-816, C-888, C-970 y C-971 de 2004, C-242 y C-1040 de 2005. Dicho juicio consta de la determinación de una premisa menor, una premisa mayor y una conclusión, y sus pasos han sido reiterados recientemente en la sentencia C-332 de 2017, que avaló la constitucionalidad del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz (*Fast Track*).

pronunciamientos no son acordes con los motivos y las justificaciones jurídicas expuestas en los diferentes proyectos, como se expondrá a continuación.

Caducidad en la acción pública de inconstitucionalidad

La caducidad en la acción pública de inconstitucionalidad, de conformidad con la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede diferenciarse en tres eventos: (i) acciones contra normas con fuerza material de ley por vicios de fondo, que no tienen caducidad[11]; (ii) acciones contra normas con fuerza material de ley por vicios de forma, que tienen caducidad de un año[12]; y (iii) acciones contra los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocatoria de la Asamblea Constituyente, que tienen caducidad de un año[13]. En el caso de estos últimos, la Corte precisó en la Sentencia C-551 de 2003 que "el artículo 379 superior regula en forma específica la caducidad de la acción de inconstitucionalidad frente a las reformas constitucionales" y, por tanto, la doctrina sobre qué es un vicio de forma o material "es irrelevante para determinar la competencia de la Corte en el control de las reformas constitucionales en general, y de las leyes de referendo en particular".

En relación con los vicios de forma, la Corte ha reiterado que estos solo pueden ser alegados en el término de un año por disposición expresa de la Constitución, en razón de que se trata de irregularidades procedimentales que se pueden sanear con el paso del tiempo y que no afectan la coherencia del sistema jurídico. Lo anterior con excepción de algunos vicios de

---

[11] Numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política.

[12] Numeral 3 del artículo 242 de la Constitución Política.

[13] Artículo 379 de la Constitución Política.

forma derivados de la falta de competencia, pues, como precisó la Corte en las sentencias C-102 de 1994 y C-1177 de 2004,

> […] si la indebida elección de forma para la producción del acto, cumplido por quien tiene competencia, se reputa un vicio menor, saneable por el transcurso del tiempo, la falta de capacidad para producirlo no puede ser saneada por esa vía, pues no puede producir efectos jurídicos un acto que sólo lo es en apariencia por carecer, ab-initio, del presupuesto esencial para surgir al mundo del derecho: la competencia, precedente obligado del uso de la forma.

Ello implica que

> […] irregularidades como la extralimitación en el ejercicio de las facultades extraordinarias (C.P. art. 150-10), la violación de la regla de unidad de materia (C.P. arts. 158 y 169) y el desconocimiento de la reserva de ley estatutaria u orgánica, constituyen vicios de competencia cuya entidad "no se agota en el proceso legislativo sino que también tiene[n] capital importancia en el resultado, esto es, en las leyes mismas y en su cumplimiento"; razón por la cual son también vicios materiales a los que no les resulta aplicable el término de caducidad de la acción[14].

Adicionalmente,

> […] las Sentencias C-702 de 1999 (M. P. Fabio Morón Díaz) y C-501 de 2001 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) agregaron uno más. La irregularidad consistente en la

[14] Corte Constitucional, Sentencia C-1174 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

> usurpación de la competencia de las Cámaras legislativas por parte de las Comisiones Accidentales o de Conciliación, cuando estas últimas introducen un texto nuevo en el proyecto de ley sometido a su consideración, que no fue conocido ni aprobado durante su trámite regular[15].

En ese sentido, la Corte Constitucional ha desarrollado la intención del constituyente primario de aplicar el término de caducidad para vicios que tienen implicaciones puramente formales, asociadas al procedimiento de expedición de la norma, pues como lo reiteró en la Sentencia C-400 de 2011:

> […] este término de caducidad, a la vez, permite la realización de otro principio de gran valor constitucional como lo es, el de la seguridad jurídica, pues se reitera, aunque este tipo de vicios afectan el proceso legislativo, están llamados a sanearse con el paso del tiempo, característica que los diferencia de los vicios sustanciales o de fondo, los cuales no tienen término de caducidad, pues es deber de la Corte Constitucional hacer consonante el ordenamiento jurídico con los postulados de la Carta Superior.

Legitimación por activa en la acción pública de inconstitucionalidad

En la Sentencia C-262 de 2011, la Corte Constitucional sintetiza la línea jurisprudencial, hoy vigente, que permite entrever la relación entre el derecho que tiene todo ciudadano de hacer control a las normas con fuerza material de ley y las cargas que dicho sujeto debe cumplir para acceder a tal facultad. En dicha providencia, el Alto Tribunal afirmó que

[15] Corte Constitucional, Sentencia C-1174 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

> […] la acción de inconstitucionalidad es un mecanismo de participación ciudadana, con el cual se desarrolla el principio previsto en los artículos 1º, 2º y 3º de la Constitución, de ser Colombia un Estado social de derecho democrático y participativo […]. Es, en este orden, un instrumento que combina el ejercicio de los derechos políticos (artículo 40 CP), con las prerrogativas entregadas al ciudadano para controlar el poder desplegado por el legislador a través de la creación de normas jurídicas.

Ello no impide, de acuerdo con la Corte, que

> […] esta facultad reconocida a los ciudadanos puede estar regulada y delimitada por la ley, a fin de hacer efectivo su ejercicio y definir las reglas a las cuales se somete. Pero al mismo tiempo, la regulación del derecho de accionar contra las leyes, busca ponderar entre el interés perseguido por el actor al demandar y los demás bienes jurídicos llamados a ser protegidos, como aquellos que recoge la norma acusada y ordenados a partir del poder de configuración legislativa del Congreso, así como los relacionados con la seguridad jurídica y el principio de estabilidad del Derecho, con los cuales se protege la confianza en el sistema normativo y en las reglas que lo integran.

En consecuencia, tener una legitimación amplia sostenida en el carácter ciudadano de la acción y la garantía que esta implica para el ejercicio de los derechos políticos no obsta para que la ley imponga cargas al accionante a la hora de realizar el mecanismo, tal como se puede apreciar en la Sentencia C-1052 de 2001 en la cual la Corte Constitucional recogió y sintetizó la línea jurisprudencial relacionada con

los requisitos de admisibilidad de las acciones públicas de inconstitucionalidad[16].

5.1.6. Conclusiones

Las anteriores precisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, así como la revisión de los argumentos presentados por quienes pretenden reformar la caducidad y la legitimación por activa en la acción pública de inconstitucionalidad, nos permiten concluir lo siguiente:

Primero, las principales razones para justificar la pretensión de modificar el artículo 242 de la Constitución son de orden político y no jurídico. Ello porque la Corte Constitucional no se convierte, a través del ejercicio de la acción pública, en un escenario adicional de deliberación sobre una norma con fuerza material de ley, ya que el juicio del Tribunal se basa en criterios constitucionales. Adicionalmente, no se puede escudar la creación de un término de caducidad para la acción que busca evidenciar vicios materiales de constitucionalidad en el principio de seguridad jurídica, pues es en razón a este último que esta clase de vicios deben poder ser alegados en cualquier tiempo. Solo tal prerrogativa permite que, sin importar la antigüedad de la norma, el sistema jurídico sea guiado de forma coherente por los principios y reglas que emanan de la Constitución Política, y que deben irradiar en todas las normas del ordenamiento en todo tiempo.

Segundo, en los proyectos de acto legislativo no hay un entendimiento claro sobre la diferencia entre los vicios de forma y los de fondo. Estas propuestas, aunque intentan mantener la

---

[16] Así lo afirma la propia Corte en varias sentencias, así como el profesor Manuel Fernando Quinche (2014; 2015; 2018), que en sus publicaciones explica cada uno de estos requisitos y cita sentencias posteriores en las cuales la Corte Constitucional ha ido precisando cada uno de estos, a saber: claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.

oportunidad de demandar en cualquier momento por vicios de fondo a través de una legitimidad por activa calificada, no se compaginan con el objetivo que se planteó el constituyente primario en 1991, consistente en impedir que existan normas en el ordenamiento jurídico que contradigan la Constitución, razón por la cual permite el ejercicio de la acción pública en todo tiempo, excepto cuando se trate de vicios de forma y actos de reforma de la Constitución que solo pueden ser analizados por vicios en el procedimiento en el año inmediatamente posterior a su expedición. Estas excepciones están sostenidas en los principios de seguridad jurídica y representación democrática, pues permiten que errores de procedimiento, que son saneables y no contradicen los fines o principios constitucionales, no conlleven la expulsión de una norma que ha surtido el procedimiento democrático en el Congreso de la República.

Tercero, resulta fundamental defender la posibilidad que tiene todo ciudadano de ejercer mecanismos que le permitan defender el texto constitucional, pues este último es el que plantea los límites al poder y le da efectividad a los derechos y las garantías individuales.

Bibliografía

Corte Constitucional. (1992). Sentencia C-003. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-102. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-320. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-501. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-1052. M. P. Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-551. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-1174. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-262. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-400. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (2017). Sentencia C-332. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Ponencia para primer debate del Proyecto de Acto Legislativo número 092 de 2016 de Cámara (2016). *Gaceta del Congreso* nº 883.

Ponencia para primer debate del Proyecto de Acto Legislativo número 058 de 2017 de Cámara (2017). *Gaceta del Congreso* nº 750.

Ponencia para primer debate del Proyecto de Acto Legislativo número 014 de 2018 de Senado. (2018). *Gaceta del Congreso* nº 651.

Proyecto de Acto Legislativo número 092 de 2016 de Cámara (2016). *Gaceta del Congreso* nº 614.

Proyecto de Acto Legislativo número 058 de 2017 de Cámara. (2017). *Gaceta del Congreso* nº 650.

Proyecto de Acto Legislativo número 014 de 2018 de Senado. (2018). *Gaceta del Congreso* nº 601.

Quinche Ramírez, M. (2014). *El control de la constitucionalidad*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez y Universidad Javeriana.

Quinche Ramírez, M. (2015). *La acción de inconstitucionalidad*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Quinche Ramírez, M. (2018). *Derecho constitucional colombiano*. 7ª ed. Bogotá: Temis.

Parte 6
Acción de nulidad simple

6.1
La efectividad del medio de control de nulidad en la protección de los derechos colectivos:
una aproximación desde el derecho colectivo al ambiente sano

María Paula González-Espinel*
Iván Andrés Páez-Páez**

Resumen
La acción de nulidad, o como se conoce hoy día, el medio de control de nulidad de los actos administrativos, es el medio tradicional y primigenio de anulación de los actos administrativos. Con el advenimiento de la Ley 99 de 1993, se consagró dicho medio o acción como mecanismo particular para la protección del derecho colectivo al medio ambiente. Sin embargo, a pesar de la especial relevancia que desde el ordenamiento jurídico ambiental se dio a este medio de anulación de los actos administrativos, es dable concluir que se ha

* Abogada de la Universidad del Rosario. Asociada de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

** Abogado de la Universidad del Rosario. Asociado principal de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

venido haciendo un esguince por parte de los operadores administrativos una vez la administración de justicia se pronuncia provisional o definitivamente sobre el acto administrativo sometido al enunciado medio de control, en detrimento de la efectividad en la protección del derecho colectivo a un ambiente sano.

Palabras clave: medio de control, nulidad, ambiente sano, actos administrativos, nulidad ambiental, autoridades ambientales.

6.1.1. Introducción

A partir del mandato constitucional de 1991 en Colombia, dada la relevancia que adquieren la protección, la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales renovables, se erigió al ambiente como un derecho colectivo. El legislador, no indiferente ante tal relevancia constitucional, expidió la Ley 99 de 1993, en virtud de la cual se previó la participación ambiental como el conjunto de mecanismos de carácter administrativo o judicial a través de los cuales la comunidad puede salvaguardar el derecho colectivo al ambiente sano.

Dentro de ese conjunto de mecanismos mediante los cuales la comunidad tiene injerencia directa en las materias o competencias ambientales a cargo de las autoridades administrativas, se previó, o mejor aún, se ratificó la que en ese entonces era conocida como *acción de nulidad*, hoy *medio de control de nulidad*.

El medio de control de nulidad, en el ordenamiento jurídico ambiental, es la vía judicial por excelencia a través de la cual se someten al control jurisdiccional aquellos actos administrativos que, a juicio de la comunidad, ponen en riesgo, al hacer parte del ordenamiento jurídico ambiental, el medio ambiente.

En este capítulo se analiza, a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de las instituciones normativas de carácter procesal, el rol del medio de control nulidad en la protección del derecho colectivo al medio ambiente sano con miras a evaluar si dicho medio de control es o no un mecanismo efectivo para la defensa de este derecho. Para esto, en primer lugar, se hará referencia a la noción del medio de control, aproximándose a lo que sería el concepto de dicho medio. En segundo lugar, se destacarán los aspectos procesales, a efectos de destacar la procedencia del medio de control de nulidad respecto de actos administrativos generales y particulares de contenido ambiental. Finalmente, se abordará un caso práctico a partir de cual se puede concluir que el medio de control de nulidad, si bien es un mecanismo efectivo de participación ambiental para la defensa del derecho colectivo a un ambiente sano, presenta una efectividad que resulta inocua como consecuencia del quehacer de las autoridades administrativas ambientales.

6.1.2. El medio de control de nulidad desde el derecho administrativo

Noción del medio de control de nulidad y su procedencia

En consideración de la división tripartita del poder público[1] y el sistema de pesos y contrapesos del Estado de derecho que adoptó el ordenamiento jurídico colombiano, resultaba necesario que los actos administrativos que profirieran las

[1] Artículo 113 de la Constitución Política de Colombia. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

autoridades administrativas del nivel nacional o territorial tuviesen un control de legalidad a través del cual la administración de justicia auscultara dichos actos a efectos de determinar si su expedición y su contenido resultasen compatibles con el ordenamiento jurídico.

De esta manera nació el medio de control de nulidad[2], como un mecanismo a través del cual se someten al control judicial los actos administrativos que profiriesen las autoridades administrativas a efectos de realizar sobre los mismos un examen de legalidad en virtud del cual se pudiere determinar su compatibilidad con el ordenamiento jurídico.

La acción de nulidad simple, como se denominaba en el entonces Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, se encontraba contenida en el artículo 84[3], y en términos

---

[2] "Lo primero que conviene decir es que, en general, las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por objeto que se declare la nulidad de actos administrativos que infringen normas de carácter superior. No obstante, mientras que con la acción de simple nulidad se persigue la defensa de la legalidad, del orden jurídico en abstracto, con la de restablecimiento del derecho se busca no sólo la defensa del ordenamiento jurídico, sino el resarcimiento de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo. Ahora bien, en principio, la naturaleza del acto administrativo es lo que define el tipo de acción que debe ejercerse. Por ejemplo, si se trata de un acto administrativo de contenido particular y concreto, la acción apropiada sería la de nulidad y restablecimiento del derecho" (Consejo de Estado, 2012b).

[3] Toda persona podrá solicitar por sí misma, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro siempre y cuando se entienda que la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto.

generales establecía que, por medio de la interposición de dicha acción, cualquier persona por sí misma o por medio de un representante podía solicitar la nulidad de actos administrativos.

Ahora bien, con la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expidió el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), la acción de nulidad se estipuló en el artículo 137[4] como el medio de control de nulidad que puede ser iniciado por cualquier persona o por medio de representante, si así lo decide, para que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general, y enumeró taxativamente las excepciones para interponerla contra actos administrativos de carácter particular y concreto.

El artículo 137 del CPACA contiene seis causales específicas con base en las cuales se podrá solicitar la nulidad de los actos administrativos generales. La primera de estas causales corresponde a los actos que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse. Es decir, que

---

[4] Toda persona podrá solicitar por sí misma, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.

3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.

4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.

se pueden demandar los actos administrativos generales en los que, al momento de ser proferidos, las autoridades hayan desconocido o vulnerado las normas con base en las cuales se deberían haber proferido los actos.

La segunda causal para interponer el medio de control de nulidad es que el acto administrativo se haya proferido por un funcionario u organismo administrativo que no cuente con la competencia correspondiente para proferir dicho acto. En este caso, el juez administrativo deberá evaluar las normas por medio de las cuales se establecieron las competencias de la autoridad que haya proferido el acto administrativo y confirmar si contaba o no con competencia para proferir dicho acto.

En cuanto a la tercera causal, que se puede decir que es la más general del código para utilizar el medio de control de nulidad, habla de la expedición irregular del acto administrativo sin hacer referencia a qué se entiende por *irregularidad*. Al respecto, señaló Santofimio: "irregularidad que puede provenir del desconocimiento de los parámetros establecidos en la Constitución Política. Si se trata de la vulneración de las exigencias simplemente legales o administrativas, también se violaría la Constitución Política" (2017, p. 872).

La cuarta causal que establece el código es la del desconocimiento del derecho de audiencia y defensa; respecto a esta causal, el Consejo de Estado ha sostenido que procede cuando se desconoce sustancialmente el derecho al debido proceso, contenido en el artículo 29[5] de la Constitución Política. Es decir

[5] Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

que el juez contencioso administrativo deberá necesariamente realizar un estricto control de constitucionalidad del acto administrativo demandado y que la decisión debe estar fundada en las reflexiones que se adopten en torno a la Carta Política (Consejo de Estado, 2016a).

La quinta causal está relacionada con la interpretación y aplicación de la cuarta, pues señala que el medio de control de nulidad podrá ser utilizado para solicitar la nulidad de un acto administrativo que se haya proferido con falsa motivación, es decir, que se esté frente a una indebida aplicación del derecho fundamental al debido proceso. El Consejo de Estado estableció en sentencia del 26 de julio de 2017, con ponencia del consejero Milton Chaves García, que:

> […] esta causal autónoma e independiente se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente" (Consejo de Estado, 2017b).

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Conforme lo señalado por el Consejo de Estado, en caso de que una autoridad administrativa profiera un acto administrativo que desconozca hechos que se hubieren demostrado dentro de la actuación administrativa o le dé valor a aquellos que no hayan sido probados, la autoridad estaría incurriendo en falsa motivación, vulnerando el derecho fundamental al debido proceso. Por ello, desconocer los hechos que han sido probados y que son determinantes para la decisión de la autoridad administrativa da lugar a que se declare la nulidad del acto administrativo.

Finalmente, la sexta causal que trae el artículo 137 del CPACA señala que podrá declararse la nulidad de un acto administrativo de carácter general cuando se haya proferido con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió. Al respecto, ha señalado la doctrina que esta causal corresponde al "desvío o el abuso de poder que implican actuaciones subjetivas de los servidores públicos en beneficio de sus propios intereses, es decir, desconocer la objetividad que debe reinar en toda actuación pública y el consecuente respeto al interés general" (Santofimio, 2017, p. 872).

Con esto, la ley contempló la posibilidad de demandar un acto administrativo de carácter general cuando, al haber sido proferido, el servidor público buscara un beneficio propio, mas no un beneficio general.

Aspectos procesales del medio de control de nulidad

Ahora bien, para la interposición de la acción de nulidad, se debe tener en cuenta que la legitimación recae en cualquier persona por intermedio o no de abogados. Refiriéndose al termino de caducidad respecto de actos administrativo de carácter general, la interposición puede hacerse en cualquier tiempo; por su parte, en torno a los actos administrativos de

carácter particular, su interposición debe darse dentro de los cuatro meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo particular, dada la teoría de los móviles y finalidades a la que nos referiremos en el siguiente acápite.

Igualmente, el medio de control de nulidad podrá presentarse contra cualquier acto administrativo, general o particular, que en ejercicio de la función administrativa expidan las autoridades administrativas del orden nacional o territorial u otras autoridades, como la legislativa o judicial, en ejercicio de la mencionada función.

El competente para conocer este tipo de acciones es el Consejo de Estado. Igualmente, el escrito de la demanda que se presente deberá cumplir con los requisitos de procedibilidad previstos en la Ley 1437 de 2011[6].

---

[6] Artículo 162 del CPACA. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

1. La designación de las partes y de sus representantes.

2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.

3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.

6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

7. El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica.

Teoría de los móviles y las finalidades

Renglón especial merece la procedencia del medio de control de nulidad contra actos administrativos de carácter particular, que tuvo su advenimiento en 1961 cuando la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carlos Gustavo Arrieta, estipuló que la procedencia de las acciones contencioso administrativas dependía de los móviles y las finalidades que la ley estableciera específicamente para cada una de estas, sin perjuicio de que, en términos generales, dichas acciones estuvieran defendiendo la legalidad y tutela del orden jurídico. Al respecto, se señaló que:

> Cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objeto no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley (Consejo de Estado, 1961).

Conforme con lo establecido por el Consejo de Estado, si el acto que se estuviera demandando tenía contenido particular y la declaratoria de nulidad implicaba el restablecimiento del derecho automático, no era posible interponer la acción de simple nulidad, salvo que la misma se hubiera interpuesto dentro de los siguientes cuatro meses a su expedición.

Entrado en vigencia el Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado, en auto del 2 de agosto de 1990

proferido por la Sección Primera, y que fue reiterado por la misma sala el 28 de agosto de 1992, señaló que los actos de contenido particular no son, en principio, susceptibles de ser demandados en el ejercicio de la denominada acción de nulidad simple, salvo en aquellos casos expresamente establecidos en la ley, entre los cuales se señalaron los artículos 221[7] y 223[8] del entonces Código Contencioso Administrativo.

En el año 1995, la misma sección del Consejo de Estado amplió la teoría de los móviles y las finalidades, señalando que la acción de simple nulidad (como se llamaba en el Código

---

[7] Artículo 221. Cualquiera persona podrá pedir que se declare la nulidad de cartas de naturaleza por las causales prescritas por el artículo 22 de la Ley 22 Bis de 1936. Cuando se desconozca el sitio de la residencia del titular de la carta de naturaleza cuya nulidad se solicite, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 207, número 2º, del Código Contencioso Administrativo.

Si reside en el exterior, el auto admisorio de la demanda se notificará mediante comisión que se deberá conferir al Cónsul de Colombia.

[8] Artículo 223. Modificado por el art. 65, Ley 96 de 1985, modificado por el art. 17, Ley 62 de 1988. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia.

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden.

4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República.

5. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos.

6. Cuando los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará el acta de escrutinio sino los votos del candidato o los candidatos en cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición.

Contencioso Administrativo) podía interponerse adicionalmente cuando los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas implicaran "un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público social y económico" (Consejo de Estado, 2014a). Esto, aun cuando la ley no hubiera contemplado dicha posibilidad de manera expresa.

Ahora bien, vale la pena traer a colación que mientras se consolidaba la teoría de los móviles y las finalidades en el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, entre tanto, estudiaba la exequibilidad del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. En la Sentencia C-426 de 2002, la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, condicionó el entendimiento de la acción de nulidad y estableció que también procedía contra los actos que fueren de contenido particular y concreto cuando lo que se estuviere pretendiendo fuera únicamente el control de la legalidad del acto administrativo en abstracto. Casi que, tratando de darle un fin a la discusión de la teoría de los móviles y las finalidades, la Corte Constitucional aclaró que la acción de simple nulidad procedería contra todos los actos administrativos, fueran generales o particulares, siempre que la pretensión fuera únicamente la tutela del orden jurídico, pues en caso de que se pretendiera igualmente la reparación de los daños antijurídicos que se hubieren podido presentar con ocasión a la expedición de dichos actos, la acción que procedía era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, y si bien la Corte Constitucional estableció su posición respecto a la teoría de los móviles y las finalidades, la Sala Plena del Consejo de Estado, en el expediente nº 5683, con ponencia del magistrado Manuel Santiago Urueta, y en

sentencia del 4 de marzo de 2003, señaló su discrepancia frente a los motivos expuestos por la honorable Corte Constitucional, y recalcó lo establecido en repetidas ocasiones por el Consejo de Estado en lo que tiene que ver con la teoría. En dicha providencia, se destacó que la teoría creada permite que mediante la acción de simple nulidad se estudie la legalidad de los actos administrativos particulares únicamente en los casos que haya determinado la ley y cuando el acto administrativo contenga una situación de interés para la comunidad.

Finalmente, el legislador decidió ponerle fin a la discusión de la teoría de los móviles y las finalidades al proferir el CPACA, pues estableció los casos específicos por los cuales se pueden solicitar la nulidad de los actos administrativos de contenido particular, a saber: (i) cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero, (ii) cuando se trate de recuperar bienes de uso público, (iii) cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico y (iv) cuando la ley lo consagre expresamente.

Ahora bien, el legislador igualmente señaló que en caso de que en la demanda se pueda evidenciar que se está persiguiendo el restablecimiento automático de un derecho, la misma deberá ser tramitada bajo las reglas del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. El artículo 137 del CPACA fue estudiado por la Corte Constitucional, y mediante la Sentencia C-260-15 del 6 de mayo de 2015, con ponencia de la doctora Gloria Stella Ortiz Delgado, se declaró su exequibilidad.

Así las cosas, resulta claro que el legislador quiso saldar dicha discusión y que únicamente procederá el medio de control de nulidad contra los actos particulares que se encuentren bajo alguna de las causales listadas.

6.1.3. El medio de control de nulidad en el ordenamiento jurídico ambiental

El medio de control de nulidad y la Ley 99 de 1993

Una vez decantada la manera como desde la óptica del derecho administrativo se prevé el medio de control de nulidad, cabe mencionar que la Ley 99 de 1993 dio un matiz adicional a dicho medio, al consagrarlo como un mecanismo para la efectividad de la participación ambiental.

Prevé el artículo 73 de la ley en mención que "La acción de nulidad procede contra los actos administrativos mediante los cuales se expide, modifica o cancela un permiso, autorización, concesión o licencia ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente".

Es decir que el medio de control de nulidad en materia ambiental, como medio para proteger el derecho colectivo al ambiente sano, no trastoca en modo alguno lo expuesto en los acápites anteriores respecto al alcance, la procedencia y el objeto del medio de control de nulidad, por el contrario, es la consagración de la teoría de los móviles y finalidades expuesta en el acápite inmediatamente anterior, solamente que en la ley se permitió acudir a este de medio jurisdiccional con el único fin de evitar la potencial afectación del medio ambiente.

Reflexiones en torno al medio de control de nulidad: el caso ambiental

Desde el ordenamiento jurídico ambiental, el medio de control de nulidad es un mecanismo que garantiza la participación ambiental mediante el examen de legalidad por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa de los actos administrativos generales o particulares que profieran las autoridades,

especialmente las administrativas ambientales, en ejercicio de su función.

Su procedencia se ciñe a los estrictos postulados previstos en el CPACA y entra en permisos, concesiones, autorizaciones y licencias ambientales; así, además de lo expuesto como exigencias procesales para la presentación del medio de control de nulidad contra los actos administrativos de contenido particular, se requiere que exista un riesgo o afectación del derecho al ambiente sano.

A pesar de la claridad normativa y del fin altruista con que se previó el medio de control de nulidad en la Ley 99 de 1993, ha venido haciendo carrera entre de las autoridades administrativas ambientales una práctica perversa que conlleva una burla al control jurisdiccional de los actos administrativos de contenido ambiental, consistente en la reproducción del acto administrativo que, por ser objeto de control judicial, es objeto de la medida cautelar de suspensión provisional.

Si bien el CPACA determinó en sus artículos 237[9], 238[10] y 239[11] la prohibición de la reproducción de un acto administrativo

---

[9] Artículo 237. Prohibición de reproducción del acto suspendido o anulado. Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

[10] Artículo 238. Procedimiento en caso de reproducción del acto suspendido. Si se trata de la reproducción del acto suspendido, bastará solicitar la suspensión de los efectos del nuevo acto, acompañando al proceso copia de este. Esta solicitud se decidirá inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad de ambos actos.

La solicitud de suspensión provisional será resuelta por auto del juez o Magistrado Ponente, contra el cual proceden los recursos señalados en el artículo 236, los que se decidirán de plano.

[11] Artículo 239. Procedimiento en caso de reproducción del acto anulado. El interesado podrá pedir la suspensión provisional y la nulidad del acto que reproduce

que haya sido objeto de anulación, nada dijo respecto de aquellos actos administrativos que en curso del control jurisdiccional son objeto de la declaratoria de suspensión provisional, es decir, de aquellos actos administrativos que son retirados del ordenamiento jurídico y, por ende, no les es predicable su exigibilidad mientras se decide de fondo su legalidad.

Lo anterior ha venido siendo capitalizado por las autoridades administrativas ambientales, quienes, ante el vacío normativo, cuando se declara la suspensión provisional de un acto administrativo por ellas proferido, proceden a replicarlo, haciendo nugatorio el control jurisdiccional que sobre el acto administrativo suspendido realiza la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para los efectos, se trae a colación lo sucedido con la Resolución 755 de 2013 proferida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), en la cual se establecieron los cambios menores dentro del giro ordinario de las actividades licenciadas para los sectores de hidrocarburos y eléctricos. Es decir que la ANLA determinó los escenarios en los que las licencias ambientales o planes de manejo ambiental establecidos específicamente para los sectores de hidrocarburos y eléctrico

---

un acto anulado, mediante escrito razonado dirigido al juez que decretó la anulación, con el que acompañará la copia del nuevo acto.

Si el juez o Magistrado Ponente considera fundada la acusación de reproducción ilegal, dispondrá que se suspendan de manera inmediata los efectos del nuevo acto, ordenará que se dé traslado de lo actuado a la entidad responsable de la reproducción y convocará a una audiencia, con el objeto de decidir sobre la nulidad.

En esa audiencia, el juez o Magistrado Ponente decretará la nulidad del nuevo acto cuando encuentre demostrado que reproduce el acto anulado, y compulsará copias a las autoridades competentes para las investigaciones penales y disciplinarias a que hubiere lugar.

La solicitud será denegada cuando de lo debatido en la audiencia se concluya que la reproducción ilegal no se configuró.

no requerían una modificación del acto administrativo otorgado inicialmente, sino que, por el contrario, dicha actividad podía ser considerada un cambio dentro del giro ordinario de la actividad.

En ejercicio del medio de control de nulidad simple, la Resolución 755 de 2013 fue demandada ante el Consejo de Estado por considerar que vulneraba los artículos 3º del Decreto 3573 de 2011, 5º de la Ley 99 de 1993, 2º del Decreto 3570 de 2011, 29 parágrafo 1º del Decreto 2820 de 2010 y artículo 119 de la Ley 489 de 1998.

Dicho proceso judicial se surtió en la Sección Primera, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, bajo el radicado 11000-03-24-000-2014-00515-00; el argumento principal de demanda fue la falta de competencia, pues en las funciones que se le otorgaron en su momento a la ANLA por medio del Decreto 3573 de 2011[12], en ningún momento se estableció la de expedir actos administrativos en materia ambiental, pues dicha competencia recae en el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, conforme lo determinado en el artículo 5º[13] de la Ley 99 de 1993 y el artículo 2º[14] del Decreto 3573 de 2011.

---

[12] Decreto 3572 de 2011, por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y se dictan otras disposiciones.

[13] Artículo 5º. Funciones del Ministerio: Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente: […] 2) Regular las condiciones generales para el saneamiento del medio ambiente, y el uso, manejo, aprovechamiento, conservación, restauración y recuperación de los recursos naturales, a fin de impedir, reprimir, eliminar o mitigar el impacto de actividades contaminantes, deteriorantes o destructivas del entorno o del patrimonio natural.

[14] Artículo 2º. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– es la encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normativa ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del país.

Para los demandantes, la directora de la ANLA desconoció y desbordó el ámbito de sus competencias, pues desconoció que era el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible el órgano competente para proferir actos administrativos que regulen todo lo relativo al uso, el manejo, el aprovechamiento, la conservación, la restauración y la recuperación de los recursos naturales renovables, con el fin de proteger el medio ambiente y evitar impactos al mismo. Seguido a esto, el Consejo de Estado le dio trámite al proceso judicial conforme lo determinado en el CPACA y concedió la suspensión provisional solicitada.

Sin embargo, y sin que se hubiera proferido una decisión final por parte del Consejo de Estado, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible profirió la Resolución 1892 de 2015, a través de la cual se determinaron los casos en los que no se requerirá adelantar trámite de modificación de licencia ambiental o su equivalente para aquellas obras o actividades consideradas cambios menores o de ajuste normal dentro del giro ordinario de los proyectos de hidrocarburos. Dicho acto administrativo contenía un listado igual al establecido inicialmente en la Resolución 755 de 2013.

La decisión final del Consejo de Estado se profirió mediante sentencia del día 21 de abril de 2016, con ponencia del honorable consejero Guillermo Vargas Ayala, en la que se declaró la nulidad de la Resolución 755 de 2013 (Consejo de Estado, 2016b).

Nótese con este ejemplo cómo la protección al ambiente sano queda relegada a un segundo plano, pues si bien el medio de control de nulidad cumplió su cometido y fue objeto del examen de legalidad, el riesgo de la potencial afectación al medio ambiente que con la expedición de la Resolución 755

de 2013 se estaba originando, al no exigir la modificación de la licencia o plan de manejo ambiental para proyectos de hidrocarburos, siguió latente durante el control jurisdiccional de la Resolución 755 de 2013, pues a pesar de haberse suspendido, las autoridades administrativas ambientales la reprodujeron, haciendo inocua la decisión del Consejo de Estado.

6.1.4. Conclusiones

De conformidad con lo señalado, el medio de control de nulidad se erige como un mecanismo de control de legalidad de los actos administrativos de contenido general y particular, siempre y cuando se respeten las causales establecidas en la ley para la procedencia de la misma en contra de actos de contenido particular y concreto.

En atención a lo determinado por la Ley 99 de 1993, el medio de control de nulidad es una medida participación ambiental. Así las cosas, es posible, mediante el medio de control de nulidad, someter a juicio de legalidad los permisos, las concesiones y las licencias ambientales, siempre y cuando exista una posible afectación al ambiente.

Finalmente, resulta dable concluir que el medio de control de nulidad es un mecanismo efectivo que se ofrece para garantizar el derecho colectivo al ambiente sano. Sin embargo, es necesario ajustar la reglamentación en materia de medidas cautelares y particularmente en lo referente a la suspensión provisional de los actos administrativos para evitar que, en el caso en que esta se decrete, el acto administrativo objeto de suspensión sea replicado y de esta manera se eluda la decisión de la administración de justicia.

Bibliografía

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (10 de agosto de 1961). Sobre la procedencia de la acción de nulidad contra actos particulares y concretos. M. P. Carlos Gustavo Arrieta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (23 de febrero de 2012a). Rad. nº 52001-23-31-000-2002-01155-01 (3358-04). C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (20 de abril de 2012b). Rad. 2012-00010-00. C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (18 de septiembre de 2014a). Rad. nº 11001-03-24-000-2008-0176-00 (2492-2008). C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. (16 de octubre de 2014b). Rad. nº 81001-23-33-000-2012-00039-02. C. P. Lucy Jeanette Bermúdez Bermúdez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (23 de abril de 2015). Rad. nº 11001-03-15-000-2014-03055-00 (AC). C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (9 de agosto de 2016a). Rad. nº 11001032500020110031600. C. P. William Hernández Gómez (E).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (21 de abril de 2016b). Rad. nº 11000-03-24-000-2014-00515-00. C. P. Guillermo Vargas Ayala.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (21 de septiembre de 2017a). Rad. nº 11001-03-25-000-2012-00177-00 (0753-12). C. P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (26 de julio de 2017b). Rad. nº 11001032700020180000600. C. P. Milton Chaves García.

Corte Constitucional. (29 de mayo de 2002). Sentencia C-426, Exp. D-3798. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (6 de mayo de 2015). Sentencia C-260-15, Exp. D-10443. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Legal

Constitución Política de Colombia de 1991.

Decreto Ley 01 de 1984 (2 de enero). Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* nº 36.439.

Ley 99 de 1993 (22 de diciembre). Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* nº 41.146.

Ley 1437 de 2011 (18 de enero). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* nº 47.956.

Doctrina

Santofimio, J. O. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Parte 7
Acción de nulidad por inconstitucionalidad

7.1
Medio de control de nulidad por inconstitucionalidad: precisiones constitucionales y delimitaciones jurisprudenciales

Manuel Alberto Restrepo-Medina*

Resumen

La regulación legal del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, al emerger de una atribución constitucional directamente asignada al Consejo de Estado, ha estado intensamente condicionada por la valoración de su apego al texto superior, realizada por la Corte Constitucional, en relación con la naturaleza de los decretos y actos generales objeto del medio de control, la atribución de su competencia a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el procedimiento para su trámite, los fundamentos para la declaración de nulidad y los efectos de la sentencia, así como por la definición de los presupuestos para

* Abogado. Especialista en Legislación Financiera. Magíster en Estudios Políticos. Magíster en Derecho Administrativo. DEA en Derecho Procesal. Doctor en Derecho. Profesor titular y director de la Escuela Doctoral de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Investigador sénior de Colciencias. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

su admisibilidad por parte de la jurisprudencia administrativa.

Palabras clave: medio de control, nulidad por inconstitucionalidad, infracción directa de la Constitución, control difuso de constitucionalidad, Consejo de Estado.

7.1.1. Introducción

Señala el artículo 237 de la Constitución Política que una de las atribuciones del Consejo de Estado es conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

Con base en esta norma, el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011 estableció el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, por medio del cual se podrá solicitar que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

A partir este marco normativo, el objeto de estudio, cuyo resultado se plasma en esta contribución, es la caracterización del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, de tal manera que con el desarrollo de la investigación se pueda responder cuáles son las delimitaciones efectuadas por la jurisprudencia constitucional sobre la regulación legal del ejercicio de esa competencia por parte del Consejo de Estado y las precisiones efectuadas por la jurisprudencia administrativa para su ejercicio.

Para este efecto, la metodología empleada ha partido de la revisión documental de fuentes primarias y secundarias y se

ha desarrollado mediante la identificación de los antecedentes normativos y la regulación vigente sobre el medio de control estudiado, la revisión de la jurisprudencia constitucional y administrativa en relación con el mismo y la ordenación y la sistematización articulada de la información obtenida.

La estructura resultante comprende los siguientes apartados: (i) determinación de los decretos y actos generales objeto del medio de control; (ii) alcance de la competencia del Consejo de Estado: ¿nulidad por inconstitucionalidad o por infracción directa de la Constitución?; (iii) competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; (iv) procedimiento; (v) fundamento de la declaración de nulidad y (vi) efectos de la sentencia.

7.1.2. Determinación de los decretos y actos generales objeto del medio de control

En el Seminario Internacional de Presentación de la Ley 1437 de 2011, al explicar la nueva regulación sobre los medios de control, el entonces magistrado del Consejo de Estado Hugo Bastidas (2011) dejaba constancia, en relación con el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, de la dificultad para identificar cuáles son los decretos a los cuales hace referencia el artículo 237 de la Constitución Política.

Rememoraba que antes de la Constitución de 1991 la jurisprudencia constitucional y la doctrina reconocían la existencia de ciertos decretos especiales dictados por el Gobierno como atribuciones directas originadas en la Constitución o en ciertas leyes y cuyo conocimiento no tendría que ser del tribunal constitucional, que está a cargo de la función legislativa propiamente dicha.

El artículo 49 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, en el texto originalmente aprobado

por el Congreso y que pasó a control previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, indicaba que los decretos que podrían ser objeto de la acción de nulidad por inconstitucionalidad serían los siguientes:

- Los dictados por el Gobierno nacional en ejercicio de facultades constitucionales y con sujeción a leyes generales, cuadro o marco.
- Los dictados por el Gobierno nacional en ejercicio de las leyes que le confieren autorizaciones.
- Los dictados por el Gobierno nacional en ejercicio de las leyes que confieren mandatos de intervención en la economía.
- Los dictados por el Gobierno nacional en ejercicio de facultades que directamente le atribuye la Constitución y sin sujeción a ley previa.

No obstante, mediante la Sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria, indicó que los decretos sobre los cuales se puede pronunciar el Consejo de Estado en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 2º del artículo 237 constitucional son todos los que no estén contemplados dentro de las atribuciones que la Constitución Política confiere a la Corte Constitucional, por lo cual consideró inconstitucional que el legislador estatutario entrara a hacer una enumeración taxativa de los decretos objeto de control por parte del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, pues ello no está contemplado en el artículo 237 en comento y tampoco aparece en parte alguna de esa disposición una facultad concreta para que la ley se ocupe de regular esos temas.

Con posterioridad, el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, al modificar y adicionar el artículo 97 del anterior Código Contencioso Administrativo, que consagraba las funciones que competía ejercer a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, incluyó la de conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promovieran contra los decretos de carácter general dictados por el Gobierno nacional, que no correspondieran a la Corte Constitucional o que no obedecieran a la función propiamente administrativa.

Aquí se advierte una adición en relación con el texto de la Ley 270 de 1996 como quedó luego del examen automático de constitucionalidad, al indicar que la acción procedería respecto de los decretos de carácter general que no obedecieran a la función propiamente administrativa.

Por medio de la Sentencia C-560 de 1999, la Corte Constitucional avaló la exequibilidad de la adición referida, indicando que se trata de decretos que comparten con las leyes la naturaleza de actos o reglas, por ser generadores de situaciones jurídicas impersonales y abstractas, pero que son, desde el punto de vista material, genuinamente administrativos, razón por la cual se atribuyó su control a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la Corte Constitucional.

Agrega este fallo que la expresión “que no obedezca a función propiamente administrativa” no tiene otro sentido que el de diferenciar el control de los actos de gestión, típicamente administrativos, cuyo control encuentra su fundamento en el numeral 1º del artículo 237 de la Carta Política, del de los actos de autoridad, de contenido político, como corresponde a un Estado de derecho, que compete al Consejo de Estado en virtud de lo dispuesto por el numeral 2º de la disposición constitucional en cita.

Sobre la misma norma, en la Sentencia C-1290 de 2001, la Corte Constitucional precisó que los decretos que obedecieran al ejercicio de la función propiamente administrativa serían del conocimiento del Consejo de Estado, pero no a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sino de las secciones que la integran, de acuerdo con su especialidad, conforme a las reglas generales del Código Contencioso Administrativo y el reglamento de la propia corporación.

Este avance en la búsqueda de identificar los decretos sobre los cuales se puede ejercer la pretensión de nulidad por inconstitucional tuvo un retroceso con la redacción del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, ya que allí se indicó la procedencia de la solicitud de nulidad por infracción directa de la Constitución de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno nacional cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, sin entrar a determinarlos.

La indeterminación de cuáles son esos decretos derivó en que fuera el propio Consejo de Estado el que los determinara y así, mediante sentencia del 6 de junio de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, señaló que el acto acusado debe tratarse de un reglamento constitucional autónomo, es decir, aquel que se expide en ejercicio de atribuciones permanentes o propias que le permiten aplicar o desarrollar de manera directa la Constitución, o sea, sin subordinación a una ley específica[1], lo cual excluye los decretos expedidos en

---

[1] Como ejemplo de esto se cuentan los decretos o actos que desarrollan las leyes marco o cuadro, previstas en el artículo 150-19 constitucional, acerca de los cuales existe consenso en advertir que carecen de contenido material de ley, al ser actos administrativos derivados de una suerte de potestad reglamentaria ampliada, pues no son decretos reglamentarios comunes porque tienen un campo de acción mucho más amplio, pero tampoco tienen naturaleza legislativa, ya que las leyes marco no reportan una delegación

ejercicio de la facultad reglamentaria general que se le asigna al ejecutivo en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

Ahora bien, el propio Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) amplió la competencia del objeto sobre el cual puede recaer la demanda de nulidad por inconstitucionalidad, al establecer como pasibles no solamente los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, sino los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno nacional.

Esta ampliación de la cobertura de la acción de nulidad por inconstitucionalidad fue encontrada ajustada a la Carta Política por la Corte Constitucional en la Sentencia C-400 de 2013, bajo el entendido de que a ella le corresponde el control constitucional de los actos de carácter general, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno nacional, con contenido material de ley.

En esa oportunidad, el tribunal constitucional señaló que así como la Corte Constitucional ejerce control de exequibilidad sobre decretos o actos atípicos o especiales, distintos de los dictados con base en facultades extraordinarias, decretos legislativos, decreto de adopción del plan nacional de desarrollo y artículo 10º transitorio[2], al haber atribuido la Constitución la

---

al Ejecutivo de facultades extraordinarias de tipo legislativo, de manera que tales decretos no ostentan rango de ley, sino que constituyen decretos ejecutivos.

[2] Tales como los decretos con fuerza de ley expedidos con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, los decretos compilatorios de normas con fuerza de ley, los decretos que declaran un estado de excepción, los decretos expedidos con base en disposiciones constitucionales transitorias diferentes al artículo 10º transitorio, los decretos que corrigen yerros de normas con fuerza de ley, los decretos de ejecución de la convocatoria a referendo, el acto electoral que

producción de actos de contenido normativo a órganos distintos al Congreso y al Gobierno[3], los cuales no tienen fuerza de ley, corresponde al Consejo de Estado el conocimiento de los mismos conforme a la regla, según la cual compete al tribunal supremo de lo contencioso administrativo conocer de la nulidad por inconstitucionalidad de los decretos o actos que no están atribuidos a la Corte Constitucional.

Fundamenta lo anterior en que en el diseño del sistema jurídico colombiano no existen normas ni actuaciones excluidas del control de constitucionalidad, cualquiera sea su modalidad, de manera que cuando el mismo no ha sido atribuido expresamente a la Corte Constitucional, su conocimiento compete al Consejo de Estado por competencia residual, dentro del propósito de velar por la supremacía de la Constitución.

7.1.3. ¿Nulidad por inconstitucionalidad o por infracción directa de la Constitución?

El Consejo de Estado ha señalado que el juicio de validez del decreto o el acto general ha de realizarse mediante la confrontación directa con la Constitución Política y no respecto a la ley, ya que cuando las normas constitucionales son objeto de desarrollo legal en estos casos el análisis de la norma demandada

determina el censo en el marco de una reforma constitucional mediante referendo, el acto electoral que declara la aprobación de un referendo, los actos de gestores de una iniciativa popular para el trámite de una ley que convoca a referendo, los decretos de convocatoria al Congreso a sesiones extraordinarias, los decretos o actos adoptados en cumplimiento de un acto legislativo o los acuerdos internacionales simplificados reguladores de materias propias de un tratado internacional.

[3] Como los que expiden el Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo Nacional Electoral, la Contraloría General de la República y el Banco de la República.

necesariamente involucrará el análisis de las disposiciones de rango legal, además de la Constitución[4].

Deviene lo anterior del señalamiento que hizo el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011 de que la solicitud de la declaración de nulidad se fundara no en la inconstitucionalidad del decreto demandado, como lo dice el artículo 237 de la Carta, sino en la infracción directa de la Constitución.

Esta exigencia no siempre estuvo presente en la legislación nacional, pues el artículo 49 de la Ley 270 de 1996 reiteraba el tenor literal del texto constitucional según el cual el Consejo de Estado decidiría sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no correspondiera a la Corte Constitucional[5].

No obstante, el artículo 33 de la Ley 446 de 1998 dispuso, en relación con el ejercicio de esta competencia, que la inconformidad con el ordenamiento jurídico en tales casos se establecería mediante confrontación directa con la Constitución Política, antecedente que fue retomado por el actual CPACA y mutado a infracción directa, que es una noción más restrictiva para el control por este medio de los decretos y actos generales que la que trae el texto constitucional.

---

[4] Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto del 30 de noviembre de 2016, Radicación 11001-03-27-000-2012-00046-00. M. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

[5] En el texto original del artículo, se adicionaba al final la frase "ni al propio Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo". No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia de control automático la declaró inexequible al considerar que en estos casos el Consejo de Estado actúa como juez constitucional, en la modalidad de control abstracto, y no como juez administrativo, en virtud del sistema difuso de vigilancia y supremacía de la Constitución.

7.1.4. Competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

El artículo 49 de la Ley 270 de 1996 dispuso que la decisión sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, sería adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que para estos efectos obraría como tribunal constitucional.

Sobre esta última parte de la disposición, la Corte Constitucional encontró que reñía con los mandatos superiores que determinan que dentro de la estructura orgánica de la rama judicial esa corporación es la única que pertenece a la jurisdicción constitucional y que tiene la condición de tribunal constitucional, por lo cual declaró inexequible ese apartado.

En cuanto hace a que de esta acción conociera la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el control automático realizado por la Corte Constitucional no se encontró ningún reparo porque la distribución de competencias entre las distintas salas y secciones del Consejo de Estado es una función propia del legislador, conforme al artículo 236 de la Constitución.

Por ello, luego el artículo 33 de la Ley 446 de 1998 establecería que en estos procesos la sustanciación y la ponencia corresponderían a uno de los consejeros de la sección respectiva según la materia y el fallo a la Sala Plena. Y en la regulación vigente, el artículo 111 de la Ley 1437 de 2011 fijaría la competencia para el ejercicio de esa atribución del Consejo de Estado en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

7.1.5. Procedimiento

Ahora bien, en materia del procedimiento para el trámite de la acción, el artículo 49 de la Ley 270 de 1996 establecía que aquel se sujetaría al mismo procedimiento previsto para la acción de inexequibilidad, remisión que la Corte Constitucional encontró inexequible, tanto por tratarse de una cuestión procedimental que es ajena al contenido de una ley estatutaria como por desconocer que la regulación contenida en los artículos 242, 243 y 244, concernientes al ejercicio de la acción de inexequibilidad, está referida exclusivamente a los procesos de que conoce la Corte Constitucional y, por ende, se le estaba dando al Consejo de Estado una facultad que la Carta Política no contempla. Además, la norma, al hacer un reenvío al procedimiento de la Corte Constitucional, que obviamente no contempla la suspensión de los actos administrativos que establece el artículo 238 de la Carta Política, desconocía el instituto procesal constitucional de lo contencioso administrativo.

La declaratoria de inexequibilidad del procedimiento que se pretendió definir fallidamente en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (LEAJ) llevó a que en la Ley 446 de 1998 se señalara que la acción se tramitaría con sujeción al procedimiento ordinario, con las siguientes salvedades:

- El período probatorio, de ser necesario, tendría un término máximo de diez (10) días.
- Contra los autos proferidos por el ponente solo procedería el recurso de reposición. Los que resolvieran la petición de suspensión provisional, decretaran inadmisión de la demanda, pusieran fin al proceso y decretaran nulidades procesales, serían proferidos

por la Sección y contra ellos solamente procedería el recurso de reposición.

- El ponente registraría el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada a despacho para sentencia. La Sala Plena debería adoptar el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existieran otros asuntos que gozaran de prelación constitucional.

A partir de estos contenidos normativos, el artículo 184 de la Ley 1437 de 2011 reiteró que la sustanciación y ponencia de los procesos contenciosos de nulidad por inconstitucionalidad corresponderá a uno de los magistrados de la Sección respectiva, según la materia, y el fallo, a la Sala Plena, y dispuso su tramitación según las siguientes reglas y procedimiento:

1) En la demanda de nulidad por inconstitucionalidad se deberán indicar las normas constitucionales que se consideren infringidas y exponer en el concepto de violación las razones que sustentan la inconstitucionalidad alegada.
2) La demanda, su trámite y contestación se sujetarán, no en lo dispuesto en el artículo 184, por lo previsto en los artículos 162 a 175 del CPACA[6]. Contra los autos proferidos por el ponente solo procederá el recurso de reposición, excepto el que decrete la suspensión provisional y el que rechace la demanda, los cuales serán susceptibles del recurso de súplica ante la Sala Plena.
3) Recibida la demanda y efectuado el reparto, el magistrado ponente se pronunciará sobre su admisibilidad dentro de los diez (10) días siguientes. Cuando la

demanda no cumpla alguno de los requisitos previstos en el CPACA, se le concederán tres (3) días al demandante para que proceda a corregirla, señalándole con precisión los requisitos incumplidos. Si no lo hiciere en dicho plazo, se rechazará.

4) Si la demanda reúne los requisitos legales, el magistrado ponente, mediante auto, deberá admitirla y además dispondrá:

    a) Que se notifique a la entidad o autoridad que profirió el acto y a las personas que, según la demanda o los actos acusados, tengan interés directo en el resultado del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el CPACA, para que en el término de diez (10) días puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar pruebas. Igualmente, se le notificará al procurador general de la nación, quien obligatoriamente deberá rendir concepto.
    b) Que se fije en la Secretaría un aviso sobre la existencia del proceso por el mismo término a que se refiere el numeral anterior, plazo durante el cual cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad[6] del acto administrativo. Adicionalmente, ordenará la publicación del aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

[6] De manera inapropiada se utiliza el vocablo *legalidad*, en la medida en que la controversia sobre la validez de los decretos o actos generales demandados a través de este medio de control versa sobre su constitucionalidad.

c) Que el correspondiente funcionario envíe los antecedentes administrativos dentro del término que al efecto se le señale. El incumplimiento por parte del encargado del asunto lo hará incurso en falta disciplinaria gravísima y no impedirá que se profiera la decisión de fondo en el proceso.

En el mismo auto que admite la demanda, el magistrado ponente podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito su concepto acerca de puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo, dentro del plazo prudencial que se señale.

En el caso de que se haya solicitado la suspensión provisional del acto, se resolverá por el magistrado ponente en el mismo auto en el que se admite la demanda.

4) Vencido el término de que trata el literal a) del numeral anterior, y en caso de que se considere necesario, se abrirá el proceso a pruebas por un término que no excederá los diez (10) días, que se contará desde la ejecutoria del auto que las decrete.
5) Practicadas las pruebas o vencido el término probatorio, o cuando no fuere necesario practicar pruebas y se haya prescindido de este trámite, según el caso, se correrá traslado por el término improrrogable de diez (10) días al procurador general de la nación, sin necesidad de auto que así lo disponga, para que rinda concepto.
6) Vencido el término de traslado al procurador, el ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los

quince (15) días siguientes a la fecha de entrada al despacho para sentencia. La Sala Plena deberá adoptar el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional.

7.1.6. Fundamento de la declaración de nulidad

En el parágrafo del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011 se dispuso que el Consejo de Estado no estará limitado, para proferir su decisión, a los cargos formulados en la demanda y, en consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional y, además, podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales.

Sobre la primera parte de la norma, en la Sentencia C-415 de 2012, la Corte Constitucional indicó que el legislador consagró normativamente el ejercicio del control abstracto de manera integral, entendiendo adecuadamente la atribución conferida al Consejo de Estado como juez constitucional, en orden a garantizar y preservar la supremacía de la Constitución, pues en tal condición se encuentra habilitado para confrontar las disposiciones acusadas con el conjunto de normas que integran la Constitución Política y no solo con las que el demandante señale como infringidas.

Así, con fundamento en la formulación de una acción de nulidad por inconstitucionalidad de decretos generales, el Consejo de Estado realiza una confrontación normativa de preceptos que se ciñe al ordenamiento superior y, por tanto, no puede estar limitado a las disposiciones que el actor considera

violadas, de forma que ante una vulneración de la Constitución Política el legislador podía facultar al juez constitucional para fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la transgresión de una norma superior.

Ya en la Sentencia C-197 de 1999 se había dicho que cuando el juez administrativo advirtiera la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, debería proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiera cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación, e igualmente, que cuando dicho juez advirtiera incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tendría la obligación de aplicar el artículo 4º de la Constitución.

Ahora bien, respecto de la segunda parte del parágrafo, referida a la integración normativa, la Corte Constitucional avaló su exequibilidad al considerar que este proceso, al ocuparse de un conflicto internormativo y no intersubjetivo, no es un proceso de partes, en el que se ventilen intereses particulares distintos al de la defensa de la integridad y la supremacía de los principios, reglas y derechos y, por ende, no se le pueden atribuir todas las garantías que se predican del demandado en un proceso ordinario.

7.1.7. Efectos de la sentencia

El texto original del artículo 189 de la Ley 1347 de 2011 decía que las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional, pero que el juez podría disponer unos efectos diferentes.

Correspondió a la Corte determinar si los efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional de las sentencias de

nulidad por inconstitucionalidad que profiera el Consejo de Estado son equiparables a los que emanan de las decisiones de la Corte Constitucional. En la Sentencia C-400 de 2013, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la calificación de constitucional a la cosa juzgada de las sentencias, pero avaló la atribución de cosa juzgada y hacia el futuro a sus efectos.

Para ello señaló que, en virtud de lo dispuesto por los artículos 242, 243 y 244 superiores, que regulan los procesos que se promuevan ante la Corte Constitucional, entre ellos, los derivados de las acciones públicas de inexequibilidad que instaure cualquier ciudadano, no es posible trasladar los efectos de cosa juzgada constitucional al Consejo de Estado por carecer de la potestad de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en la medida en que, desde una perspectiva orgánica, la única entidad de la rama judicial que reviste el carácter de tribunal constitucional es la Corte Constitucional.

Esta consideración no implica negar al Consejo de Estado la tarea constitucional del control residual, ubicado en el referente funcional del control mixto de constitucionalidad, por lo cual indica que las sentencias de nulidad de los actos proferidos en virtud del artículo 237-2 de la Carta Política tienen efecto de cosa juzgada y, por lo general, hacia el futuro.

7.1.8. Conclusiones

La jurisprudencia constitucional ha jugado un papel determinante en la configuración del régimen legal del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, al entenderlo como parte del control difuso de constitucionalidad que, en este caso, es ejercido por el Consejo de Estado como juez constitucional residual, mas no como tribunal constitucional. Ello se tradujo

en que, en unos casos, se avalara la exequibilidad del régimen legal de este medio control, contenido sucesivamente en las leyes 270 de 1996, 446 de 1998 y 1437 de 2011, y en otros se declarara su inadecuación al texto superior.

Así, al ser la competencia del Consejo de Estado como juez constitucional de carácter residual, el legislador no puede hacer una enumeración taxativa de los decretos generales expedidos por el Gobierno nacional susceptibles de ser demandados por este medio de control, pero por esa misma razón sí puede incluir como parte de su objeto los actos generales proferidos por otras autoridades distintas del Gobierno nacional.

En esa misma medida, se aviene a la Constitución la asignación de su conocimiento a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, pero no lo es el que su trámite se verifique conforme al procedimiento de las acciones de inexequibilidad que se adelantan ante la Corte Constitucional; es conforme al texto superior que los fundamentos para la declaración de nulidad pueden ser normas constitucionales distintas de las invocadas como vulneradas en la demanda y que la declaración de nulidad se haga extensiva a otras disposiciones no demandadas que conformen una unidad normativa, así como que los efectos de la sentencia sean hacia el futuro y con carácter de cosa juzgada, pero esta no puede tener el carácter de cosa juzgada constitucional.

Por último, al no poder el legislador definir cuáles son los decretos generales dictados por el Gobierno nacional no sometidos al control de la Corte Constitucional que son susceptibles del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado, ha sido su jurisprudencia la que ha determinado los presupuestos para su admisibilidad, señalando que debe tratarse de reglamentos constitucionales autónomos que no requieran de mediación de la ley para poder

ser expedidos y que el fundamento de la demanda debe ser una infracción directa de la Constitución.

Bibliografía

Bastidas Bárcenas, H. F. (2011). Los medios de control en la Ley 1437 de 2011. En Consejo de Estado (ed.), *Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (pp. 293-310). Bogotá: Imprenta Nacional.

Consejo de Estado, Sección Cuarta. (2016). Auto del 30 de noviembre. Rad. 11001-03-27-000-2012-00046-00. M. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018). Sentencia del 6 de junio. Rad. 11001-03-15-000-2008-01255-00 (AI). M. P. Oswaldo Giraldo López.

Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-037. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-197. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-560. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-1290. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-415. M. P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-400. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon
Pro 11,2 puntos e impreso en enero de 2020
por Xpress. Estudio Gráfico y Digital, S. A. S.
en Bogotá, D. C., Colombia



Este libro es el resultado de un esfuerzo académico derivado de las investigaciones llevadas a cabo al interior de la línea de investigación sobre mecanismos de protección de los derechos humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, en asocio con la Fundación Hanns Seidel. Esta obra presenta una reflexión sobre los avances y retos que tienen las acciones constitucionales en nuestro país y busca destacar su importancia en el ordenamiento colombiano, como herramientas para el ciudadano en la defensa de sus derechos, del interés público y de los derechos humanos. Así mismo, también se busca comprenderlas como mecanismos de participación ciudadana al ser herramientas que el Constituyente creó para controlar las actuaciones del Estado y, por último, revisar los avances y los vacíos o aspectos que se deben mejorar en su aplicación. Esperamos que este libro sea de interés y utilidad para quienes, en estos casi treinta años de existencia de las acciones, han puesto su mirada en la importancia de estas, lo que representan en términos de progresividad del ordenamiento en cuanto a la garantía de derechos y para quienes quieren adentrarse en el análisis de estos mecanismos de defensa de derechos, que cada día son más relevantes en términos de participación ciudadana y ejercicio de derechos políticos del ciudadano en el marco de un Estado social de derecho.

